

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La posesión que conduce a la usucapión según el Código
Civil español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Antonio-Manuel Morales Moreno

Madrid, 2015

d. 50.653



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5327077109

TE

6.38

Antonio Manuel Morales Moreno



BIBLIOTECA
DE DERECHO

LA POSESION QUE CONDUCE A LA USUCAPION

SEGUN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
FACULTAD DE DERECHO
TRATADO DE DERECHO CIVIL

INTRODUCCION

INTRODUCCION

El objeto de este trabajo no es ni la posesión en general, ni la usucapión en todo su ámbito, sino la posesión apta para la usucapión. De la posesión y usucapión se tratará sólo en cuanto sea imprescindible precisar sus conceptos al efecto de fijar el significado de la posesión que es fundamento de la prescripción adquisitiva. Excluiremos cuestiones especiales: Relaciones con el Registro de la Propiedad (art. 35, 38L-H); repercusiones del artículo 464 del Código; posesión de derechos y en especial de las servidumbres (art. 537, 538, 540 C.c.).

Junto a unos rasgos comunes a toda la figura posesoria, existen diferentes tipos de posesión:¹⁾ Cada uno de éstos contempla unos particulares efectos y es como el supuesto de hecho de los mismos. En atención a esta particular eficacia sue len distinguirse dos categorías fundamentales: Posesión interdictal y posesión ad usucapionem. A éstas pueden agregarse otras: Posesión que da derecho a los frutos (art. 451 C.c.), posesión que potencia la transmisión del derecho real (arts. 609, 1095, 1462 ss), posesión que determina la adquisición a non domino. (art. 464).

Es probablemente la posesión idónea para usucapir la más cuidadosamente caracterizada en nuestro Código. Su elemento

constitutivo especificador es el concepto de dueño: "Solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio" (art. 447 C.c.). Respecto a ella reduplica el Código la regulación: En cuanto a las cosas y derechos aptos para la posesión (art. 437 C.c.) y no aptos para la usucapión (art. 1936), en cuanto al requisito de la buena fe cifrado en la ignorancia (art. 433) o en la creencia (art. 1950) y en cuanto a la presunción de buena fe (art. 434 y 1950) o de justo título (art. 448 y 1954); por fin respecto a la interrupción, que se restringe a los efectos de la prescripción (art. 1943 ss).

El punto de vista que elegimos para el enfoque de la posesión es el puramente técnico, partiendo siempre, para el desarrollo de los conceptos, de las directrices normativas de nuestro Código Civil. Dentro del tema delimitado y en este planteamiento propuesto, se han procurado excluir las cuestiones relacionadas con los sujetos o con el objeto, con el propósito de centrar más la atención sobre la estructura y desarrollo de la posesión "ad usucapionem".

El trabajo se divide en dos partes: La primera destinada a la estructura de la posesión ad usucapionem y la segunda a considerar su desarrollo en el tiempo. El estudio estructural comprende dos secciones, cada una de las cuales se subdivide en otros tantos capítulos. En la primera sección se sitúa la consideración de los elementos integrantes de la figura (corpus y concepto de dueño). En la segunda el de sus caracteres

(posesión pública, pacífica y no interrumpida). Las conside
raciones suscitadas por el desarrollo de la posesión tenden
te a la usucapión se hacen en dos capítulos que insertados
en la segunda parte contemplan el momento adquisitivo y el
de la interrupción. En el espacio comprendido entre ambos se
desarrolla en el tiempo la posesión y usucapión.

Desde este esquema se acomete el desarrollo del tema de
gido como materia de este trabajo que con plena conciencia de
sus limitaciones se ofrece como Tesis doctoral.

PRIMERA PARTE

Estructura de la posesión "ad usucapionem"

SECCION PRIMERA

Elementos integradores de la posesión "ad usucapionem"

Capítulo Primero

Corpus possessionis (tenencia)

Capítulo Primero

C o r p u s p o s s e s s i o n i s (tenencia) ¹⁾

I

-1- Elemento material de la posesión: teorías sobre su naturaleza

Podemos intentar una clasificación de las teorías²⁾ que han explicado la naturaleza del elemento material de la posesión haciendo los siguientes apartados:

- A) Teorías fácticas
- B) Teorías jurídicas
- C) Teorías económicas
- D) Teorías sociológicas
- E) Teorías mixtas

De ellas vamos a tratar a continuación.

-2- Teorías fácticas

Esta dirección doctrinal tiene dos variantes. Los glosadores y autores anteriores a SAVIGNY entendieron a la posesión como contacto directo con la cosa, que repercutía sobre las formas de ocupación y entrega (traditio). Estas eran comprendidas con demasiado rigor, como una toma corporal del objeto, incluso con la mano, o una inmisión efectiva en el inmueble. Los casos en que las fuentes romanas admitían la existencia de posesión sin ese contacto se calificaron de posesión y tradición simbólicas.³⁾

SAVIGNY, a quien sigue entre nosotros GUTIERREZ,⁴⁾ introduce un importante giro en esta dirección. Amolía el concepto de posesión, al no estimarla como material tenencia, al igual que la doctrina precedente, sino como: "posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y de excluir toda influencia extraña".⁵⁾ Las notas de su concepto, en palabras de SALEILLES son: la disponibilidad de la cosa; la posibilidad directa e inmediata de someterla a su poder físico; la potencial exclusión de toda intromisión extraña. Pero con ello la idea de dominación del objeto no ha desaparecido; se ha espiritualizado. Consecuentemente la noción de posesión simbólica, que nació para explicar ciertos supuestos de las fuentes romanas que no tenían cabida en un concepto estricto de posesión, desaparecerá con esta genial flexibilización que SAVIGNY ofrece de la noción posesoria.⁶⁾

Aparte de la crítica general que lanzó JHERING sobre los fundamentos mismos de esta teoría,⁷⁾ se ha criticado en SAVIGNY la introducción en el concepto de posesión de la nota de exclusión de terceros. No le parece justo a WINDSCHEID que se deba ser más fuerte que todos aquellos a los que pudiera ocurrírseles actuar sobre la cosa;⁸⁾ bastando tan sólo, a su parecer, que actualmente ninguna fuerza extraña excluya la nuestra.⁹⁾

Salvo en esta importante corrección, sigue WINDSCHEID paralela orientación que SAVIGNY, e igualmente la mayoría de los Pandectistas.¹⁰⁾ Tener el poder de hecho sobre la cosa, sugiere WINDSCHEID, no supone el contacto material con la misma. El que se encuentra en su presencia, si nada le impide de otra parte la posibilidad de actuar sobre ella a su deseo, tiene la potestad de hecho sobre la cosa;

conservando esta potestad no se pierde la posesión. Y aún sin ella, en la medida en que tal interrupción no sea estable (ej. estar fuera de la finca, cosa mueble enterrada en un lugar que transitoriamente se olvida, animales domésticos o domesticados que salen fuera de nuestros dominios).¹¹⁾

La idea central del "corpus" se cifra en WINDSCHEID en que no haya obstáculo que impida al poseedor la posibilidad de actuar a su deseo sobre la cosa. Lo que puede tener de excesivamente rigurosa esta idea (pensemos en las barreras de la distancia, inclemencia del tiempo, etc) se corrige, porque la posesión no se pierde, si no viene a ser condición estable, la imposibilidad de actuar sobre la cosa. Por no tomar en consideración esta salvedad es injusta la crítica de WOLFF, que afirma: "Tampoco cabe exigir con WINDSCHEID la capacidad de influir a voluntad sobre la cosa, ya que el libre arbitrio ha de tropezar con las barreras opuestas por la naturaleza de la misma cosa poseída o por la distancia local, obstáculos que, sin embargo, no impiden el señorío sobre la cosa".¹²⁾

RUGGIERO sigue muy de cerca a SAVIGNY, entendiendo el "corpus" como "posibilidad física y actual de actuar en la cosa, excluyendo a los demás".¹³⁾ que puede coexistir con una falta de actuación,¹⁴⁾ con tal de que un obstáculo permanente no impida llegar a la cosa.¹⁵⁾ En la misma dirección pueden incluirse ESPIN,¹⁶⁾ y ALBALADEJO,¹⁷⁾ sin incluir la nota de exclusión de terceros. Para ALBALADEJO el poder posesorio estriba en mantener la cosa bajo el poder de nuestra voluntad, lo que depende del criterio social; se pierde, si los demás la someten el suyo, pero no por el mero hecho de que también es té a su alcance.

-3- Teorías jurídicas

A la idea de dominación opuso JHERING la de ejercicio. Para él la posesión es la exteriorización de la propiedad.¹⁸⁾ Es el "estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres";¹⁹⁾ por eso, la manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de existencia de la posesión,²⁰⁾ ya que ésta acompaña siempre a la utilización económica de la propiedad.²¹⁾

La forma externa de la posesión es diferente según la diversidad del objeto: Es una "cuestión de vida ordinaria", y depende de "cómo el propietario tiene costumbre de tratar las cosas de la especie a que aquella se refiere".²²⁾ La localización de la cosa, cuando responde a la normal, en la utilización usual por el propietario del tipo de objeto de que se trate (las mieses en un campo, las joyas en la caja fuerte), hace presumir que, en ese estado, la cosa está cumpliendo su destino económico de servir al propietario y está, por tanto, en posesión.²³⁾ Notemos en el planteamiento jurídico de la teoría una referencia al comportamiento social.

La teoría de JHERING encontró eco en nuestra doctrina del siglo pasado a través de la obra del Marqués de OLIVART, calificada recientemente por HERNANDEZ GIL de "máximo empeño erudito".²⁴⁾ La ascendencia de JHERING se advierte en su definición de la posesión, como "ejercicio intencionado no momentáneo y exclusivo de cualquier derecho"²⁵⁾ y por si ello no fuera bastante el propio OLIVART nos lo ratifica.²⁶⁾ La obra, por lo demás, está toda ella concebida en un plano marcadamente filosófico. El Marqués de OLIVART, prefirió no seguir el consejo que su contemporáneo GUTIERREZ estampara al comienzo

del capítulo dedicado a la posesión, en su conocida obra Códigos o estudios fundamentales: "grave es la materia en el terreno científico, pero penetramos en él con más seguridad, si en vez de dejarnos conducir por el genio de las utopías, tomamos por guía la ley." ²⁷⁾ Arrostrando todas estas dificultades emprendió el camino de la construcción teórica (rechaza hasta el apoyo del sistema romano), ²⁸⁾ teñida de abundantísima erudición. Su obra, poco útil en el terreno práctico, tiene en cambio un incalculable valor teórico y erudito.

En orientación paralela se hallan PLANTOL-BOULANGER, ²⁹⁾ MAZEAUD, BARBERO, MONTEL, DE DIEGO. El corpus, entiende MAZEAUD, es el "ejercicio sobre una cosa de actos correspondientes al derecho de que se tiene la posesión". ³⁰⁾ Para BARBERO es el poder de hecho de ejercitar sobre el objeto un contenido de derecho. ³¹⁾ ^{bis.} Según MONTEL la posesión es el estado de hecho por el cual un sujeto se encuentra en la posibilidad concreta de ejercitar el contenido de la propiedad o de otro derecho real. ³¹⁾ DE DIEGO entiende que la posesión es la exterioridad del derecho de que se trate: "Es el ejercicio intencional, exclusivo o en nombre propio y reiterado o permanente del contenido de ese derecho". ³²⁾

El Código Civil italiano adopta esta misma postura (comp. art. 1140). ³³⁾

-4- Teorías económicas

SADILLES ve en el corpus "un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo". ³⁴⁾ Pero lo que hay de nuevo en su teoría, el elemento económico, la hace apta tan sólo para ciertos tipos de posesión.

"Lo que ha inducido a error en todas estas materias, advierte, es que siempre se han confundido las funciones diferentes de la posesión. Han querido unificarse sus dos funciones principales y distintas: la posesión posee un valor propio, desempeña una función y es utilizada en materia de propiedad como una presunción de la propiedad o una propiedad probable. Cuando se la invoca en materia de prueba para reivindicación es natural que esto supone que el poseedor se atribuye el carácter de propietario, y que aquí la situación jurídica indicada por la posesión se precisa y toma un nombre; se convierte, como decía JHERING, en la visibilidad de la propiedad. Lo mismo ocurre cuando se le invoca para usucapir; es decir, en materia de prescripción adquisitiva de la propiedad; la propiedad que se prueba por actos y no por títulos, debe manifestarse en el estado de propiedad, y no como simple vínculo económico sin cuerpo todavía y que no ha sido afirmado como el derecho que reclama; pero esto nada tiene que ver con una situación de hecho posesoria que por si misma se protege y por si misma, para defenderse, intenta en Roma los interdictos..."³⁵⁾

PININSKI puede también encuadrarse en esta dirección teórica, porque refiere la posesión al uso económico de la cosa. Así el momento adquisitivo se verifica imprimiendo la persona en la cosa un destino económico.³⁶⁾ Los ingredientes económicos entran también a formar parte del concepto de posesión que aporta BONFANTE que se apoya en dos elementos: la disponibilidad de la cosa y la intención de tenerla como propia. Entiende por disponibilidad: "La relación de tal clase con la cosa que en la economía y en la conciencia social, permita según la diversa naturaleza del objeto, obrar sobre él cuando se quiera".³⁷⁾ No pasa, tampoco, inadvertida a D'AMELIO, la refe-

rencia de la posesión a la concepción económica.³⁸⁾

La teoría económica de la posesión no se aviene en modo alguno con las exigencias de la posesión ad usucapionem, nos lo indica el propio SATTELLES.

-5- Teorías sociológicas

Destacan el momento social de la posesión: la repercusión de la situación posesoria en el resto de la comunidad. La plena libertad de acción que el poseedor tiene respecto a la cosa es para PERCZZI efecto de la abstención de terceros, basada en una costumbre resultado del progreso social.³⁹⁾ Para FEDELE lo que hay que resaltar en el corpus no es la relación sujeto cosa, sino la probabilidad de abstenerse de terceros, valorada según las circunstancias y referida a la mayoría de la comunidad.⁴⁰⁾

En nuestra patria, HERNANDEZ GIL ha destacado recientemente, que en la sociedad de masas se oscurecen los ámbitos correspondientes a cada uno, destacando como la comprensión de lo que significa el momento social de la posesión debe llevarnos a un cambio en la tradicional noción del corpus. Su aportación es una noción del corpus meramente indicativa: "No es ya saber, indica, que un bien se encuentra en la esfera de acción ajena lo que funda el reconocimiento de la posesión; basta la constancia de que no se encuentra en la esfera de acción propia."⁴¹⁾

-6- Teorías mixtas

Recogen elementos entremezclados de las direcciones unilaterales; nos dan una idea más verdadera de la índole del poder fáctico en la posesión.

Entre ellas puede encuadrarse la postura de WOLFF, para quien "señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común," que se basa para especificarlo en un doble elemento: a) relación de espacio con la cosa; b) relación jurídica, no verdadera, sino que se estima como situación de derecho.⁴²⁾ También entre nuestros autores se ha sostenido una noción posesoria de varias caras. Son muestra de ello GARCIA VALDECASAS y DE DIEGO LORA. El primero incluye en su concepto de la posesión al poder de hecho, la potencialidad del mismo, su estabilidad y ser, el mismo exteriorización de la voluntad del su jeto poseedor.⁴³⁾ DE DIEGO LORA la define así: "Relación actual de ejercicio, externa e independiente, aparentemente jurídica, de una persona respecto a un objeto de derechos".⁴⁴⁾

Tras este panorama doctrinal, se comprende fácilmente la dificultad de la materia. Mas ello no debe hacernos desesperar, ya que siempre será posible encontrar la solución, siguiendo la trayectoria del Derecho positivo. Este es, justamente, el camino que intentaremos seguir. El Derecho regula una serie de situaciones posesorias, referidas al "corpus" (adquisición, conservación, pérdida) de cuyo contraste se pueden entresacar unos rasgos del mismo, que para mayor exactitud conviene referirlos separadamente a cada categoría de objetos.

A continuación, tras encuadrar el estudio del "corpus", en la posesión ad usucapionem, señalando las notas que al mismo imprime esta referencia, lo estudiaremos técnicamente, dentro del Código civil, diferenciando dos ámbitos: el interno, o frutivo y el externo o excluyente.

II

Notas caracterizadoras de la tenencia en la posesión ad usucapionem

Al elemento material de la posesión que conduce a la usucapión, le caracterizan las siguientes notas.

- 7- A) Referencia a un tipo concreto de derecho subjetivo susceptible de ser adquirido por usucapión.

La posesión que conduce a la usucapión, en concepto de dueño (art. 447 y 1941 C.c.), realiza y exterioriza a través del corpus el concepto jurídico que se configura por el título. Los actos sobre la cosa (actos de pura conservación, actos de disfrute, actos de transformación, actos de disposición parcial), deben referirse⁴⁵⁾ a un concepto posesorio,⁴⁶⁾ esto es, reflejan la posesión de un tipo concreto de derecho subjetivo.

Hay situaciones en que la valoración del comportamiento posesorio no refleja unívocamente un derecho. En tales casos, si el título o apariencia de título no existiesen (ej. ocupación), convendrá tener presente esta afirmación de VALLET: "La tenencia de la cosa presupone en principio la posesión de todos los derechos posibles sobre la misma cosa, mientras no se pruebe que otras posesiones restringen aquella",⁴⁷⁾ lo que significa que se ha de presumir en principio que se tiene la cosa como si se fuera propietario de ella. Por el contrario, habiendo título (verdadero o aparente), él patentiza un concepto jurídico desde el cual se debe interpretar la tenencia. Por eso no es aplicable en este caso la presunción que apunta VALLET.

Aún es preciso que el derecho exteriorizado en la posesión, sea usucapible. En otro caso, la tenencia no se relaciona con la posesión ad usucapionem.

- 8- B) La posesión ejercitada en el corpus no debe contradecir a la que configura el título.⁴⁸⁾

El título o apariencia de título, que sirve para configurar la posesión, no puede estar en contradicción con la que materialmente se ejercita: sucede así cuando el poseedor extravasa, de hecho, las facultades cuyo disfrute potencia aquél. De lo dicho se desprende que es totalmente necesario que haya coincidencia en el cuño jurídico, entre el título y el corpus: porque ambos expresen al mismo derecho o porque, aunque el corpus no determine, sin lugar a dudas, la tenencia de un tipo concreto de derecho subjetivo, encaje en el ámbito de facultades que potencia el "tipo" de derecho al cual se refiere el título.⁴⁹⁾

Habiendo título configurador de la situación posesoria, la extensión del poder posesorio más allá de los límites de aquel, implica una desactualización de dicho título y en tal comportamiento podría apoyarse su "interversión", interrumpiendo la posesión que se disfrutaba al amparo del título "invertido", el cual no aprovechará, en adelante, para la usucapión. Surge así, una nueva posesión configurada, originariamente, por la voluntad del propio poseedor o, derivativamente, como efecto de un nuevo título (ej. el usufructuario comienza a oponerse al propietario porque adquiere la cosa del que se dice propietario y éste se la entrega por virtud de la traditio brevi manu); y desde el momento en que ésta reúna las cualidades que la hacen apta para usucapir comenzará a contarse un nuevo período prescriptivo.⁵⁰⁾

- 9- C) La posesión ha de ser valorada en el tiempo: elementos permanentes y elementos intermitentes.

El elemento material de la posesión ad usucapionem se ha de valorar a lo largo del periodo de tiempo que dura la usucapión, y pudiera ser calificado con terminología de CARNELUTTI de un hecho.⁵¹⁾ Entre el comienzo de la usucapión y su conclusión se extiende y desarrolla. Hay una actividad inicial adquisitiva, más intensa que la que le subsigue y expresada en las formas previstas por el Derecho (art.438). Tras este momento, se despliegan sus fases de acción y quietud, porque es imposible que el poseedor esté siempre en el inmueble o utilice permanentemente sus bienes muebles.

El desarrollo de la posesión ad usucapionem se caracteriza porque en él hay unos elementos mínimos, que deben permanecer siempre, y otros que experimentan oscilaciones en el decurso de la misma. A los primeros pertenece la accesibilidad a la cosa; a los segundos, que el poseedor esté en relación material o de disfrute con ella. Aquellos se han de contemplar en cada momento, éstos se han de valorar tomando en consideración un espacio dilatado de tiempo: Pero unos y otros deben ser tenidos en cuenta.

- 10- D) La posesión está influenciada por la naturaleza del objeto.

En la manera de entenderse la tenencia influye la naturaleza del objeto, sobre el que la misma se ejerce. De la ley se infiere la separación en tres categorías: inmuebles (arts. 449,452,462;1949,1957,1959 C.c.) muebles,(arts.449,461,464,1955,1956 C.c.), semovientes (art.465 C.c.). Dentro de los semovientes se delimitan otros tres grupos: animales fieros, domesticados o amansados y mansos o domésticos (art.465 C.c.). Estas clases de objetos repercuten en la conceptualización de

la tenencia.

Las cualidades de cada objeto concreto influyen también (ej., una mesa, una pluma, un coche, un arado, una finca de labor, una casa veraniega). Esto es ya una cuestión de hecho, que habrá de tenerse en cuenta para valorar si hubo "tenencia", pues su viva riqueza le hace imposible de apresar en conceptos jurídicos.

-11- E) La posesión se valora socialmente.

No hay un criterio abstracto para precisar el contorno del "poder" posesorio en cada concreta situación posesoria. Como en toda cuestión de hecho influyen unos módulos de valoración relativos, de un marcado condicionamiento social, que más adelante estudiaremos.

III

El corpus possessionis en el Código Civil español

Como cultivadores de una disciplina de Derecho positivo, vamos a intentar, en la medida de nuestras posibilidades destacar las características del corpus posesorio, conforme a nuestro sistema positivo.

Ya el nombre de "corpus" con que se designa a la tenencia, sueña a distinción de abolengo escolástico, un tanto desvitalizada. Por eso un planteamiento directo del contorno del poder material en la posesión no se hace en nuestro Código Civil, que con manifiesto realismo atiende más que a la delimitación de los conceptos, a la regulación de las situaciones posesorias.

El punto de vista doctrinal no puede coincidir, en cuanto al método, con el de un Código. Por eso es útil una delimitación conceptual del poder material en la posesión, siempre que ésta responda a los principios del ordenamiento positivo. Ello permite una mejor ordenación de las ideas, que se podría traducir en ventajosas consecuencias en la aplicación de las normas concretas.

-13- -Carácter voluntario de la tenencia

La idea de tenencia que encierra la posesión natural (art.430 C.c.) no está desprovista del elemento voluntario. Como afirma SALEILLES, la noción de corpus "comprende necesariamente un acto de voluntad" (52) No es la misma, la situación pasiva del prisionero, sostenido por la cadena, en la cual ésta es el instrumento de sometimiento del hombre, que aquella en que el hombre ejerce, voluntaria y libremente, su señorío sobre las cosas. (53) No son posesorios los contactos fugaces con el objeto, que por tales, no implican la in-

tención apropiativa del mismo.⁵⁴⁾

Será importante resaltar la diferencia entre la voluntad referida al hecho de la tenencia y "la intención de haberla cosa o derecho como suyos" que caracteriza a la posesión civil. Como rasgo general señalamos que en aquélla la intención del sujeto se refiere tan sólo al hecho de la apropiación corporal, en tanto que en ésta, la voluntad adquiere una cualificación jurídica que la refiere a un concreto esquema típico de derecho subjetivo. De esta voluntad cualificada hemos de tratar con más detalle en el capítulo segundo.

-14- -Posesión "sólo ánimo": elasticidad del concepto de tenencia

La distinción "posesión natural"-"posesión civil" tiene en las Partidas un significado equivalente a posesión corporal y posesión que se tiene solo animo, o "por otorgamiento de Derecho". Esta se produce "quando algún ome sale de la casa, de que es tenedor, o de heredad, o de castillo, o de otra cosa semejante non con entendimiento de la desamparar, más porque non puede ome siempre estar en ella". Y se explica "Ca entonce maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, seerlo ha en la voluntad e en el entendimiento, e valdrá tanto como si estuviese en ella por si mismo" (L.2,tit.30.Part.3a).⁵⁵⁾

Según LLAMAS MOLINA el valor de esta distinción en la versión de las Partidas es de dos modos de poseer y no de dos especies distintas de posesión. Y lo justifica porque quien sale del fundo no adquiere una nueva posesión (posesión civil) "sino que mantiene con el ánimo la que tenía antes con el cuerpo".⁵⁶⁾ Con este alcance se refleja también en materia de posesión ad usucapionem, ya que se puede continuar (completando incluso el periodo de usucapión) sólo áni-

mo (posesión civil).⁵⁷⁾

Lo inútil de la distinción, sin un directo significado práctico, explica que el Código, aún conservando su nomenclatura (posesión natural, posesión civil) le otorgue otro significado. La "tenencia", según nuestro Código, tiene un valor muy amplio, que incluye situaciones calificadas antaño por las Partidas de posesión solo ánimo (o civil).⁵⁸⁾ Se engloba en ella la dicotomía de posesión corporal (natural) y posesión sólo ánimo (civil) al par que se otorga a los términos natural y civil, con referencia a la posesión, un nuevo alcance jurídico.⁵⁹⁾

-15- -Tenencia de una cosa y disfrute de un derecho.⁶⁰⁾

El Código civil, al referirse a la posesión que produce la usucapión, encajable en la denominada posesión civil (art.430), se remite, en lo referente al poder material, a la descripción dada previamente por él en el mismo artículo, del corpus en la posesión natural: El corpus es pues un elemento integrante de todo tipo de posesión (esa misma tenencia o disfrute, art.430) que se ejerce (incluso en la posesión que conduce a la usucapión) a través de la tenencia de la cosa o del disfrute de un derecho. Pero advirtamos que el mismo tiene unas notas peculiares cuando la posesión se relaciona con la usucapión.

Como puede verse, se han separado en el Código Civil dos formas de ejercicio del poder material posesorio: la tenencia de la cosa y el disfrute o aprovechamiento de un derecho.⁶¹⁾ El primer problema que ello nos plantea es el de precisar a qué se refiere este Cuerpo cuando habla de posesión de cosas y de disfrute de derechos.

Comprobamos que la posesión apta para usucapir se considera en el Código posesión de cosas, aun cuando se trate de derechos distintos de la propiedad, siempre que éstos se hallen ligados a la detención de una cosa. Y así dispone el mismo:

"Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas..." (art.1940 C.c.). En otros preceptos de los que regulan la usucapión comprobamos lo mismo (v.arts. 1930,1936,1952,1959).

En la posesión de cosas encierra el Código civil la de todos aquellos derechos usucapibles, cuya base objetiva radica en un cuerpo material.⁶²⁾

Mas con éstos no se cierra el círculo de los derechos susceptibles de ser adquiridos por usucapión (pensemos en la prescripción adquisitiva de un aprovechamiento de aguas públicas⁶³⁾ o la de una servidumbre, conf.art.533).⁶⁴⁾ Para los casos en que no existe un objeto corporal concreto sobre el que pueda recaer la posesión, reserva el Código una nomenclatura distinta: No habla de tenencia de cosa sino de "disfrute del derecho" de que se trate.⁶⁵⁾

La distinción, posesión de cosas y de derechos, aunque puede recordarnos la dicotomía romana, possessio y quasi possessio, responde a un criterio distinto. Para el Derecho Romano y la doctrina en él inspirada, la possessio era posesión de cosas como propietario y la quasi possessio, posesión de los demás derechos reales, recayeran o no sobre las cosas.⁶⁶⁾

El Código español, integra en cambio en una sola categoría jurídica esta distinción romana: La posesión es una sola y se ejerce materialmente a través de la tenencia de las cosas, si se refiere a un derecho que recae sobre un objeto corporal, o a través del disfrute del derecho mismo, cuando está referida a bienes incorpóreos (art. 1464 C.c.) o "derechos incorpóreos" (epígrafe del cap.VII, tít.IV, Lib.IV C.c. equivale a derechos sin objeto corporal).

Aplica al Código civil este mismo criterio al regular figuras concretas relacionadas con la posesión, como en la entrega de la cosa vendida. Aquí distingue la entrega de cosas (art.1462-1463) y la entrega de bienes incorpóreos (art.1463), o con mejor terminología de "derechos incorpóreos".

Aunque en el Código se designe con el apelativo genérico de posesión de cosas, a posesiones referidas a los diferentes derechos usucapibles, ello no obsta a que tenga en cuenta, en relación con la usucapción, el concreto tipo de derecho al cual se ha de referir la tenencia de la cosa. Por eso esta tenencia material sirve para atribuir ése, y no otro tipo de derecho. El tipo de derecho subjetivo al que se refiere la posesión y que por tanto va a ser adquirido por la usucapción, actúa configurando el corpus a través del otro elemento de la posesión "ad usucapionem", el concepto jurídico en que se posee (concepto de dueño art.1941 C.c.). Se cualifica así la tenencia de la cosa, por referirla a un derecho subjetivo concreto y se potencia por ella la adquisición del mismo.

Por este camino se logra la armonización de una regulación realista del corpus possessionis, con la necesaria configuración jurídica del tipo posesorio que estudiamos. Se evita lo artificioso de exi

gir al poseedor un continuado ejercicio de las facultades inherentes al derecho al que se refiere la posesión.⁶⁷⁾

-16- -Delimitación de nuestro análisis en torno al "corpus"

Nuestro análisis se va a restringir a la posesión que recae sobre objetos corporales, soslayando el tema de la posesión de derechos.⁶⁸⁾ Dentro de ella hemos de centrarnos fundamentalmente en los problemas generales de la tenencia, para lo cual haremos nuestras consideraciones sobre el paradigma de la posesión del dominio. No es que queramos eliminar toda consideración sobre la posesión de otros derechos, que en ocasiones hemos tenido presente. Lo que pretendemos evitar es la dispersión en cuestiones marginales, como "posedibilidad" del derecho de prenda, "posedibilidad" de ciertos derechos relativos como el arrendamiento...

-17- -Influencia de la tenencia de una cosa en la valoración de la continuidad del concepto en que se posee.

Sin duda ha de favorecer la aplicación del principio de continuidad en la posesión,⁶⁹⁾ el que se cifre el corpus, en la tenencia de la cosa, siempre que haya base objetiva corporal. Una correcta formulación de este principio obliga a valorar preferentemente al título o apariencia de título con que se posee. Las transmisiones jurídicas cristalizan en títulos, y estando los mismos en vigor, ellos configuran la situación jurídica creada: el título facilita así la calificación del concepto en que jurídicamente se tiene la posesión (concepto de dueño).

Como es bastante la tenencia de la cosa, el título prolonga sus propios efectos configuradores y determina persistentemente el concep

to en que se posee (art.436 C.c.), sin que sea necesario un continuo ejercicio del derecho al que se refiere la posesión, para continuar manteniéndose en la usucapión del mismo (ej. baldío comprado por una inmobiliaria en espera de financiar su construcción; cosa mueble perdida y depositada por quien la encontró), gracias a la fuerza del título puede continuarse la usucapión en éstos ejemplos, aunque los contactos materiales con el objeto sean escasos. En cambio, tratándose de posesión de derechos sin base objetiva corporal permanente, se hace necesario el continuado disfrute de los mismos para lograr su adquisición por usucapión: pensemos en la prescripción de las aguas,⁷⁰⁾ o de las servidumbres.⁷¹⁾

Excepcionalmente se debe valorar el comportamiento del poseedor si media un título que por ser jurídicamente nulo carece en sí mismo de fuerza para configurar directamente la situación posesoria. En este caso podemos estar ante un título aparente, el cual deberá confrontarse con los actos del poseedor, porque éste normalmente referirá su comportamiento al mismo derecho que el indicado por el título.⁷²⁾

-18- -La presunción de continuidad en la valoración del "corpus"

Se presume la continuidad de la tenencia (art.459, 1960-2º C.c.) y se ha destacado que el Derecho es más exigente para constituir una posesión que para admitir su continuidad.⁷³⁾ Se entiende que la relación fáctica (corpus) persiste, si se demuestra un comienzo (ej. el momento adquisitivo de la posesión), y la posesión actual, o en fecha anterior, si sólo hasta la misma se pretendiere hacerla valer. La presunción de continuidad en el corpus favorece a un periodo intermedio entre otros dos, más o menos distanciados, en los cuales se ha demostrado la tenencia (art.1960-2º). Especialmente útil será esta

presunción para el poseedor actual (hecho del cual se parte por el que demanda la posesión), pues demostrada su adquisición o posesión anterior, se presume la misma durante el resto del tiempo.⁷⁴⁾

Como se trata sólo de una presunción la continuidad en la tenencia puede ser contradicha y destruida. Habrá de tenerse en cuenta, no obstante, que prescritas las acciones que pudieran conducir a ese logro, el poseedor ad usucapionem podrá, apoyándose en esta presunción, consolidar su adquisición frente a un determinado sujeto.

IV

-19-

Las dos esferas del poder material

El poder posesorio se expresa en dos ámbitos, uno interno y otro externo.

-El ámbito interno o de disfrute: sus grados.

El ámbito interno del corpus se expresa en la tenencia de la cosa (art.430): Es el aspecto frutivo de la posesión.

La "tenencia" a que el Código se refiere carece para el Derecho del mismo significado que el sentido vulgar le atribuye. La noción jurídica se desdobra necesariamente, en contacto con la peculiaridad, casi inabarcable conceptualmente, que cada situación posesoria ofrece. Nosotros trataremos de precisar, aunque ello sea en cierto modo convencional, los grados de relación con la cosa distinguiendo tres categorías:

1a) Accesibilidad a la cosa

2a) Poder sobre la cosa

3a) Utilización del objeto

-El ámbito externo o excluyente.

El ámbito externo del corpus possessionis contempla las repercusiones de la tenencia, sobre el resto de los sujetos que componen la comunidad jurídica. Toda situación posesoria apoya su continuidad en la abstención de hecho de los terceros. Por eso podemos entender también que en toda situación posesoria hay una fuerza excluyente, opesta a la intervención ajena.

Los autores no entienden todos del mismo modo esta tensión centrífuga. Al desarrollar las cuestiones relacionadas con ella, tendre

mos ocasión de comprobarlo.

-20- A.- Ambito interno del poder en la posesión ad usucapionem

Las características del objeto hacen conveniente desarrollar esta materia distinguiendo tres grupos de bienes: inmuebles, muebles y semovientes.

1.- En los bienes inmuebles

La forma de desarrollarse el corpus possessionis en estos bienes es doble: a través de la accesibilidad permanente al objeto poseído y a través del disfrute intermitente de la posesión.

-21- a) Accesibilidad al objeto poseído

Es el estado en que se encuentra una cosa respecto al poseedor, caracterizado por quedar aquella al alcance del mismo, como resultado de que éste cuenta con medios suficientes para superar los obstáculos que se oponen a su acceso a ella.⁷⁵⁾

La accesibilidad al objeto es la forma mínima de expresarse la tenencia posesoria, por eso su persistencia es necesaria siempre, para que subsista la posesión del inmueble: Pero por sí sola no basta. Es un concepto muy adecuado para comprender la tenencia en los bienes inmuebles, porque en ellos la posesión persiste aún no estando en presencia del poseedor, si no lo impide una causa obstativa de un ulterior contacto con el objeto.

La naturaleza de estos bienes impone la aproximación del hombre a la cosa y no de la cosa al hombre. Su misma utilidad se ofrece, en muchas ocasiones, por ciclos periódicos. Todo ello explica que se conserven en períodos en que el poseedor no permanece en ellos materializando su posesión. La casa de campo que se tiene para pasar

las vacaciones, el fundo de aprovechamientos estivales, el bosque del que sólo de tarde en tarde se extraen maderas, se poseen, si en estos periodos de latencia posesoria, continúan accesibles al poseedor. Mas la accesibilidad por sí sola no basta. Se ha de completar con un disfrute intermitente de la posesión.

-22- Factores determinantes de la accesibilidad

Podemos considerar que son tres: no inmisión de tercero; inexistencia de fuerzas personales impeditivas, e inexistencia de fuerzas naturales impeditivas.

-23- aa) No inmisión de terceros

Del artículo 460,42 C.c. puede deducirse que el corpus posesorio se pierde con la inmisión de otro sujeto en la cosa; El animus subsiste (ocupación contra la voluntad del poseedor) y la posesión que conserva el despojado, durante un año, coexistiendo con la nueva tenencia material, es una posesión incorporal. La posesión de tercero es pues un límite a la persistencia del corpus.

La ocupación clandestina y la pérdida del corpus.

El momento de la pérdida del corpus, no coincide con el de la inmisión de tercero en el inmueble, porque no basta que éste entre en la cosa y realice en ella actos posesorios, si su comportamiento no es público, ya "que los actos... ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa... no afectan a la posesión" (art.444 C.c.). Por eso, la clandestinidad de la ocupación determina que, aún existiendo actos posesorios, el poseedor conserve intacta su posesión, incluso en cuanto al corpus possessionis.⁷⁶⁾ Son clandestinos los actos del ocupante si no llegan a conocimiento del

grupo social, ni del propio poseedor lesionado por los mismos. Basta que una de estas dos exigencias no se de en el caso, para que la posesión deje de ser clandestina: que lleguen a conocimiento del poseedor o que sean de conocimiento general, en cuanto que perteneciendo el poseedor al grupo social puede llegar a conocerlos si obra con la diligencia normal,⁷⁷⁾ exceptuando los casos en que el ocupante procura impedir especialmente el conocimiento del mismo.

Al cesar la clandestinidad, los actos del ocupante adquieren un significado jurídico. Es el momento en que se produce la agresión posesoria para el Derecho. Si el poseedor la acepta como un hecho que no ratifica, pero al que sólo espera oponerse por las vías jurídicas (interdicto), o si, por razones que no son, estrictamente, las derivadas del carácter clandestino de los actos no llega a tomar conocimiento de esta situación, pierde el corpus possessionis, transformando su situación posesoria en incorporal, durante el espacio de un año, (art.460,4º).⁷⁸⁾ Si por el contrario, no acepta este estado de cosas y nada más conocerlo acude al inmueble para expulsar al ocupante, su comportamiento podrá valorarse como actuando en legítima defensa, y si con ella logra recuperar el objeto, en ningún momento ha perdido la tenencia del mismo.⁷⁹⁾

-24- bb) Fuerzas personales impeditivas

La tenencia material también se pierde si un tercero, sin llegar a ocupar la cosa, impide persistentemente llegar a la misma, haciéndola permanentemente inaccesible; tal inaccesibilidad tiene matices. En las circunstancias ordinarias de la vida jurídica, sólo será permanente la inaccesibilidad, si el perturbado en la posesión, no intenta, dentro de plazo, la interposición de los medios recuperato-

rios disponibles. En las circunstancias de crisis de la Comunidad (ej. fuerza extranjera ocupante, subvención interna), la aplicación del Derecho Civil, se hace dificultosa, y se requieren normas excepcionales "ad hoc". La posesión permanece latente.

En todo caso ha de tenerse presente el precepto contenido en el artículo 466 C.c.

-25- cc) Fuerzas naturales impeditivas: inundación

Si el fundo queda cubierto permanentemente por las aguas y tal hecho le sustrae a la posibilidad de ser poseído, se pierde también el corpus possessionis.

Cuando las aguas del mar o de algún río, cubren transitoriamente al fundo, aunque no sea éste accesible al poseedor, el corpus permanece en un estado de la tenencia, por no serlo campoco a los demás sujetos de la comunidad y suceder esto transitoriamente. Revive y continúa de nuevo tras la retirada de las aguas. Si éstas lo cubrieran definitivamente se perdería la tenencia del mismo.⁸⁰⁾ La persistencia del título permite que el terreno vuelva a ser tenido por el anterior poseedor, si un día quedase libre de las aguas.

Para que la inundación haga perder la tenencia, las aguas deberán cubrir completamente al objeto y de tal manera que el mismo no pueda ser tenido de ningún modo, (ej. terreno ocupado por un embalse). Distinto es el caso de una finca de extensión en la que se formara por las aguas pluviales una gran laguna, en el cual, tanto estas aguas como las tierras que las contienen, siguen en posesión, contenidas en la de la finca (art. 408, 2º, C.c. y 17 L. Aguas). Debido a que el terreno no se hace público y a que es posible, de hecho, su tenencia, se

continuar la posesión (utilización de las aguas; desecación del terreno)

Por su carácter transitorio no consideraremos otras fuerzas naturales impeditivas (ej. nieves, fuego).

-26- Pérdida y recuperación de la posesión

La inaccesibilidad física a la cosa supone la pérdida de su tenencia y consiguientemente la de su posesión, con simultaneidad al advenimiento de tal inaccesibilidad (fuerzas naturales e impeditivas), o diferidamente (posesión de tercero, art.460,42).

En ambos casos, por no haber voluntariedad, si se recupera la cosa con arreglo a derecho, el tiempo de vacancia posesoria aprovecha al poseedor (art.466). Puede usucapir al amparo de él, y como el concepto en que se poseyera antes de la pérdida, subsiste tras ella, (permanencia del título) la usucapión podría haberse logrado en el tiempo intermedio.

-27- b) Disfrute de la posesión

La cosa permanentemente ha de ser accesible al poseedor. Más como ya hemos indicado ello no indica que se posea, porque en muchos casos otros sujetos están, también, en condiciones de llegar a ella. Es preciso que el poseedor se encuentre en un contacto activo.⁸¹⁾ Según se desprende del mismo Código civil en todo caso es necesario cierto grado de disfrute posesorio.

"Solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio"(art.447 C.c.)

Además, la misma idea de tenencia, con la que se define al corpus (art.430 C.c.), indica una relación fáctica más directa que la potencial accesibilidad.

Hablamos del disfrute de la posesión al tratar de los inmuebles por considerar, que aunque el Código Civil lo refiere a toda especie de bienes poseibles, tiene mayor importancia en éstos. A propósito de los muebles el disfrute posesorio está desenvuelto en otros principios específicos que en su momento estudiaremos.⁸²⁾

-28- Naturaleza del disfrute

El disfrute a que se refiere el Código no es el aprovechamiento económico adecuado de la cosa, sino el ejercicio de actos positivos socialmente valorados como posesorios: Está por ello referido a la posesión y no a la cosa (v. art.447). Es el desenvolvimiento fáctico y activo de la posesión, predeterminado por el concepto en que la misma se tiene.

Por referirse el disfrute a la posesión y no a la cosa permanece en él, quien actúa sobre ésta a través de otra persona (posesión mediata; art.431 C.c.).

-29- Valoración del disfrute: sus factores

Cuándo existe respecto a un concreto objeto, el disfrute posesorio, es una cuestión de hecho, que exige una valoración distinta en cada caso. En ella se han de considerar unos factores determinantes de las oscilaciones experimentadas.

-30- aa) Naturaleza del objeto

Además de las diferencias entre los bienes muebles, inmuebles y semovientes, que imponen un tratamiento expositivo separado, se han de considerar otras, referidas a cada bien concreto. Ellas se marcan por la naturaleza del objeto, no valorada, en abstracto, sino según criterios sociales, respecto a la forma de actuar usualmente en

relación con cierta clase de bienes.

En concreto respecto a los inmuebles se destacan estas particularidades: no es igual el disfrute posesorio de una finca rústica que el de un piso, o el de una finca abierta, que el de una vallada. En una vivienda o en una finca vallada es menos necesaria la presencia física del poseedor. El hecho de poder cerrar el espacio poseído, impidiendo el acceso a los demás, patentiza la continuidad de la posesión, sin necesidad de un contacto más inmediato con la cosa. En los casos en que el espacio poseído del inmueble permanece abierto, se ha de patentizar con más insistencia el disfrute posesorio. La ausencia prolongada del fundo pudiera considerarse causa de la pérdida de la posesión.⁸³⁾

-31- bb) Existencia o ausencia de título

Lo mismo que al comienzo de la posesión la existencia de título, permite que se adquiriera la misma mediante un contacto con el objeto menos corporalizado que el necesario para la adquisición originaria, por ocupación (v. arts. 438, 440, 1462 a 1464 C.c.; 1633 a 1650 L.E.C.), en el desarrollo del corpus possessionis la existencia de título, real o aparente, permite valorar con menos rigor la exigencia jurídica del disfrute posesorio.

El disfrute ha de exigirse siempre, pero cómo ha de entenderse en cada caso, dependerá de si ha mediado título de adquisición de la posesión: Habiendo título se presume la continuidad de la misma, en el mismo concepto en que se adquirió (art. 436 C.c.), lo cual permite al juzgador ser menos exigente, y apreciar que se ha disfrutado la posesión aunque los contactos con la cosa hayan sido escasos, y no hubiesen bastado de haberse adquirido por ocupación. El que adquiere por

ocupación basa en su actividad la continuidad de la posesión; el que adquiere derivativamente se basa en el apoyo que le presta el Derecho (continuidad del título).⁸⁴⁾

-32- c) Posibles repercusiones en la usucapión de la función social que se atribuye a la posesión.

Todavía se nos plantea con aire de actualidad una interesante cuestión: Algunos autores han considerado a la posesión como cumplidora de una función social y renovadora, en el campo de las relaciones de producción. Se ha entendido que la usucapión es un "premio a la laboriosidad contra la incuria",⁸⁵⁾ encontrando la razón de la misma en "promocionar el diligente cultivo de los campos y el ejercicio de los propios derechos con evidente utilidad privada y provecho universal, y premiar el trabajo humano, fuente de bienestar para todos; castigar a los que con el abandono de sus propios bienes se hagan indignos de la protección social".⁸⁶⁾

Los resultados a que conduce esta teoría son fácilmente explicables. El concepto de la posesión se transforma. Para que exista el corpus se necesita tener en producción los bienes, hacerlos rendir lo que su naturaleza permita.

No debe ni puede desconocerse el alto valor teórico y práctico de lege ferenda, de esta dirección doctrinal. Mas tampoco han de ocultarse las dudas que suscita, consideradas desde el punto de vista de quien se limita a comentar el Derecho vigente. Desde éste, pudiera decirse que no parece que en nuestro Sistema positivo actual se puedan aplicar las ideas de estos referidos autores para la interpretación del corpus posesorio apto para usucapir.

Las razones que parecen abonar este criterio serán, brevemente expuestas, ~~en~~ las siguientes.

- 33- -Razones que justificarían el que la posesión ad usucapionem se fijase en la adecuada utilización económica del objeto.

Sería necesario mantener en producción a la cosa para poseerla y poderla usucapir:

1º) Si la función de la usucapión fuese, en nuestro sistema, premiar la laboriosidad contra la incuria, o favorecer la utilidad general, estimulando una adecuada utilización de los bienes.

2º) Si el concepto de derecho subjetivo pudiera entenderse en nuestro Ordenamiento, conteniendo en sí, de un modo amplio y general, la obligación concreta de hacer producir al objeto aquello que sea susceptible de dar. Pues en tal caso las facultades de uso y disfrute de ciertos derechos, serían también obligaciones impuestas a su titular, al servicio del bienestar general.⁸⁷⁾

Por una de estas dos razones podría incorporarse al corpus possessionis de los bienes productivos, la idea de producción adecuada a la función social de los mismos. La importancia y posibles repercusiones de los dos factores señalados, merece que se les examine separadamente.

- 34- 1ª La idea de producción adecuada a la naturaleza del objeto es extraña a nuestra ordenación jurídica de la posesión y usucapión.⁸⁸⁾

La usucapión es un medio de adquirir (art.609, C.c.), basado en la posesión, y según parece al servicio de la seguridad y protección del tráfico jurídico. Pero no tiene en nuestro sistema una función de

fomento de la productividad de los bienes.

En la adquisición de la posesión no se distingue la naturaleza del objeto, y las formas de adquirir-la son comunes a los bienes de producción y a los de consumo (art. 438, 440, 1462 a 1464 C.c.). Las formas adquisitivas de la posesión contemplan ante todo el poder sobre el objeto, sin que para nada entre la consideración de la explotación del mismo: Por el contrario la puesta en poder, incluso se espiritualiza (constituto posesorio), llegando, en ocasiones, a ser una pura atribución del ordenamiento (posesión civilísima).

La idea del corpus, como sabemos, se desenvuelve en el Código en la tenencia de la cosa art. 430 y el disfrute de la posesión (art. 447) Pero este disfrute no puede referirse a la explotación económica del objeto, y menos a la explotación adecuada del mismo para el cumplimiento de su función social. El disfrute tiene una raíz individualista ya, aunque ello pueda y hasta deba merecer correcciones.

En la usucapión ordinaria, la necesidad de que haya título y buena fe (arts. 1950 y 1952 C.c.) es bastante expresiva para indicarnos, cómo ella cumple una misión subsanante de los defectos que impidieron a la transmisión su operatividad jurídica. Y en la usucapión extraordinaria creemos que existen también suficientes razones jurídicas que la justifiquen, sin que tengamos que acudir a las de tipo económico.

En la posesión que atribuye los frutos, la atribución de los mismos al poseedor de buena fe es un premio a su laboriosidad,⁸⁹⁾ y en cuanto al deber del poseedor de mala fe de devolverlos, el fundamento se halla en el castigo que merece su mala fe y en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ella al propietario; pero no hay que considerar que el mismo tenga un deber social de producirlos. Por eso,

el módulo de los que se han de devolver lo determina la diligencia del poseedor legítimo (los que éste hubiera podido percibir: art. 455 C.c.), diligencia que puede ~~ser~~ inferior a la normal o a la socialmente debida. En el terreno del Registro de la Propiedad, se pone de manifiesto la misma idea, especialmente, a través del art. 41 de la Ley Hipotecaria:

"Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse... contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna del asiento correspondiente".⁹⁰⁾

Todo esto pone de manifiesto que la idea de producción es ajena a la mentalidad de nuestro ordenamiento posesorio.

- 35- 2a) La titularidad del derecho subjetivo no obliga técnicamente a la puesta en producción de su objeto.⁹¹⁾

Si el concepto de derecho subjetivo hubiera evolucionado en nuestro Derecho, incorporando en si mismo la idea de explotación de los bienes, la posesión sólo podría conducir a la adquisición del derecho, por usucapión, si su ejercicio (corpus) respondiese a este imperativo jurídico, pues en otro caso sería incoherente exigir al titular un comportamiento ajustado al interés social y no exigírselo al poseedor que va a convertirse en titular.

Junto a un reconocimiento de la propiedad privada en todas sus formas, nuestras Leyes Fundamentales proclaman el condicionamiento de este derecho a su función social (punto X, Ley Princ. Gen. de 1958) y su subordinación a las necesidades de la nación y al bien común (art. 30 F.E.). La función social de la propiedad se expresa también refe-

rida a la producción: la riqueza no podrá permanecer inactiva (art. 30 F.E.).

Estos principios proclamados en nuestros textos fundamentales exigen un desarrollo concreto por otras disposiciones de rango inferior, como hace la Ley de Expropiación Forzosa, en la cual se precisa la forma de sancionarse el incumplimiento de esos Principios:

"Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa... cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de su función social y el propietario incumpla esta directiva" (art. 71 L.E.F.).

La sanción requiere pues la previa declaración, por Ley o Decreto, de que el bien es susceptible de transformaciones o mejoras en su utilización. Para reforzar esas garantías el artículo 72 de la misma ley enumera los requisitos necesarios para la aplicación del supuesto anterior.

La Ley de 3 de diciembre de 1953, sobre fincas mejorables, sigue esta misma pauta.⁹²⁾

La aplicación del principio que proclama la función social de la propiedad actúa en concreto a través de disposiciones concretas, que calificando la situación de un bien singular, imponen a su titular ciertos deberes de explotación o mejora. No hay por tanto transformación del concepto del derecho subjetivo. Sólo "una cierta obligación a su ejercicio... incluso en los estrictamente patrimoniales"⁹³⁾ por la potencial puesta en marcha del procedimiento expropiatorio.

-36- -Repercusiones sobre la usucapión de la calificación de un bien como mejorable hecha por una ley especial

En términos generales, si la función social de la propiedad no pasa de ser una llamada a los hombres de buena voluntad, carente de concreta fuerza coactiva, la idea de tenencia en la posesión ad usucapionem no se ha transformado, haciéndose equivalente a la de explotación. Pero ¿qué sucederá en aquellas circunstancias en que una ley ha calificado de mejorable a una finca? (L.3,dic.1953). También en este caso parece que la usucapión deberá seguir su curso, al margen de esta calificación y producirá sus efectos aunque el poseedor no llegue a mejorar la finca.

Encontramos para sostenerlo las siguientes razones:

1a) La usucapión no es el medio que emplea nuestro Derecho para promocionar las reformas en el campo de las relaciones de producción. Mas bien le otorga una función específica al servicio del tráfico, que no conviene extender, so pena de dislocar la figura y hacerla no apta para el desarrollo de su función primordial. Se cuenta con otros medios para lograr el mismo resultado (ej. sistema tributario, expropiación forzosa).

2a) De hecho, además, el remedio sería muy poco práctico. De impedirse la usucapión, los bienes seguirían, no obstante, en la misma situación económica.

3a) El que se produzca la usucapión a favor del poseedor incursivo no impide la actuación posterior de los procedimientos expropiativos.

2.- En los bienes muebles

-37- -Peculiaridades físicas, económicas y jurídicas

Las peculiaridades físicas y económicas de estos bienes, no pueden menos que repercutir en el tratamiento jurídico que la posesión de los mismos recibe. En el plano físico, la movilidad no es cualidad accesoria. Su importancia es grande porque condiciona otros caracteres influyentes en la posesión: Determina su fácil ocultamiento y la posibilidad de pérdida. Con ello empieza a ponerse de relieve desde ahora el enorme significado de la localización. En el plano económico, la nota más saliente es el dinamismo en el tráfico, que se reconoce y facilita por el Ordenamiento a través del juego de las adquisiciones a non domino, en el cual tiene enorme relevancia la posesión (v.art.464 C.c. y 85 C. de c.). Por fin en el plano jurídico, también se dibujan algunas notas influyentes en la configuración de su posesión: No deja de tener importancia para nosotros, que sea posible en ellos la ocupación (art. 610 C.c.). Si a esto añadimos un hecho social, la frecuencia con que se produce el abandono, comprenderemos cómo es muy importante la apariencia de posesión para la seguridad del tráfico.

-38- -La permanencia bajo el poder del poseedor: art.461 C.o.

El Código Civil haciéndose cargo de todas estas particularidades tiene algunos preceptos destinados a estos bienes, de los que probablemente sea el más importante el 461, porque señala el criterio para discernir la posesión de los mismos:

"La posesión de los bienes muebles no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".⁹⁴⁾

Si tomamos este artículo hasta la coma encierra un mandato ya de por sí autónomo, referido a la necesidad de que la tenencia implique el poder. Si lo tomamos en su conjunto, regula, parcialmente, el régimen posesorio durante la ignorancia del paradero de las cosas muebles.

La posesión de los bienes muebles no se entiende perdida mientras se halle en poder del poseedor.⁹⁵⁾ A sensu contrario, podemos entender que lo que no está en poder del poseedor no se posee, pues la coma da cierta autonomía preceptiva a esta primera parte del artículo, y en esa autonomía, sus palabras serían ociosas si no cupiera el argumento a sensu contrario.

¿Qué significado técnico tiene el "poder" en el artículo 461?. No es sólo el "poder" corporal ejercido a través de la tenencia manual de la cosa o de una permanente vigilancia sobre la misma. Es un poder inmaterializado, que el Derecho considera suficiente para la subsistencia del corpus possessionis.⁹⁶⁾ La doctrina ha comprendido cada vez mejor el "carácter potencial" del corpus, pero no podemos basarnos exclusivamente en ella para hacer construcciones jurídicas.⁹⁷⁾ La delimitación del grado de espiritualización de la tenencia corresponde al propio ordenamiento. Nosotros vamos a intentar la exposición de los principios jurídico-positivos que configuran en nuestro Derecho al poder material, lo cual entra dentro de una tarea de interpretación de conjunto de las normas posesorias.

-39- -Criterios que determinan el "poder" en la posesión de los bienes muebles, según el Derecho español

a) Principio de continuidad

De él hemos tratado anteriormente.^{97) bis.}

-40- b) "Qui possidet continens videtur possidere contentum"

La formulación de este principio, tal como la recogemos, brotó de la mente y pluma de Antonio GOMEZ, que desarrolla así su opinión: "Quo... possidet domum vel fundum in quo habeat rem mobilem inclusam in arca vel alia quavis parte; tunc videbatur quod talem rem mobilem possideat.⁹⁸⁾

En contra un texto de PAULO, en D.41,2,30:

"Qui universas eades possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possidisse. Idem dici debet et de nave et de armario".

El Proyecto de 1882 y el C.c. recogiendo la línea de pensamiento de Antonio GOMEZ, regularán esta materia, la cual según MUCIUS carece entre nosotros de precedentes legales.⁹⁹⁾

"La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos" (art.454 P.1882; 449 C.c.).

El artículo 449 de nuestro Código no se ha interpretado siempre en su justa medida, por eso se han deducido del mismo consecuencias un tanto exageradas y que van más allá de lo que él y sus antecedentes nos indican. Es una manifestación del principio qui possidet continens videtur possidere contentum, quizá la más amplia en cuanto al contiente, pues abarca a los bienes raíces, incluso a las fincas y terrenos abiertos. Por eso justifica la vigencia del principio que acabamos de enunciar en casos menos discutibles: tratándose de espacios delimitados, como el armario, la caja fuerte, la habitación de un hotel (tras deducir en este caso lo que por inventario consta ser del hotel)...

El principio que consideramos no restringe la posesión y el corpus a los bienes contenidos en espacios poseídos, lo que sería delimitar demasiado al corpus, pero, en cambio, favorece con una presunción de tenencia voluntaria a los objetos a que se refiere. Estimula la delimitación de círculos de actuación posesoria, con lo cual no sólo se descarga al poseedor de la prueba, sino que se la garantiza, en mayor medida, el respeto ajeno (art.446 C.c.), ya que en esos círculos no cabe en principio pensar, que se contengan objetos abandonados.¹⁰⁰⁾

-41- -Análisis del art.449 C.c.-

Nuestra doctrina en unos casos no presta demasiada atención a es te precepto, que incluye en el apartado de presunciones posesorias,¹⁰¹⁾ y en otros, cuando se ha visto obligada a enfrentarse más ampliamente con el mismo, por el carácter de las obras (comentarios), ha mostrado sorpresa y casi hasta escándalo¹⁰²⁾ ante las disparatadas conclusiones a que su interpretación puede conducir.

Nuestra jurisprudencia lo ha utilizado con un alcance excesivo.¹⁰³⁾

Por mi parte voy a intentar explicarlo de la forma que he señalado, como expresión del principio qui possidet continens videtur possidere contentum.¹⁰⁴⁾ A este propósito se debe advertir, marcando un límite al alcance de esta presunción, que la suerte jurídica de los objetos muebles, salvo que se trate de "pertenencias", es independiente de la del inmueble en que se encuentran.

De aquí se deduce una limitación en cuanto a lo presumido. Como la suerte jurídica de los inmuebles y la de los muebles son independientes, sólo podemos presumir que existe un contacto voluntario con la cosa (tenencia), pero no es posible valorar presuntivamente, en

términos jurídicos, ese contacto, por referencia al inmueble, porque ello significaría dar paralelismo a la suerte jurídica de los muebles e inmuebles.¹⁰⁵⁾ Lo único que podemos presumir, tratándose de posesión "ad usucapionem" es el corpus. El "concepto de dueño" no puede deducirse por referencia a la posesión del objeto continente.

-42- -Presupuestos de su aplicabilidad

aa) Cosas raíces: interpretación extensiva

Por cosas raíces debemos entender a los efectos del 449, los edificios y las tierras.¹⁰⁶⁾ Todo lo demás, que jurídicamente cabe dentro de la catalogación de bien raíz, (comp.art.334 C.c.), en la medida en que se posea como una pertenencia, constituirá objeto unitario de la posesión del inmueble. Los contornos de la posesión de la cosa raíz deberán estar bien delimitados y de hecho; por su carácter fáctico, pueden no coincidir con los que jurídicamente se atribuyen a la unidad real (ej. sólo se posee parte de una finca).¹⁰⁷⁾

Con arreglo a la formulación que GOMEZ, diera del principio "hui possidet continens videtur possidere contentum" es posible extender la presunción a los objetos contenidos en otros espacios de "posesión exclusiva". Así sucede con los armarios para utilización de un bañista, cajetín de un apartado de correos, caja fuerte de un banco.¹⁰⁸⁾

-43- Tipo de posesión de las mismas que se requiere

La posesión, del inmueble a la que se refiere el art.449 es tan sólo la que se exterioriza por el contacto material con el mismo, denominada inmediata por la doctrina alemana, (art.431 C.c.). De la que se ejerce a través de la mediación de otro sujeto sobre el bien "continente" no puede derivarse presunción con referencia a la tenencia de los bienes muebles, favorable al poseedor mediato del inmueble.¹⁰⁹⁾

Así se expresa nuevamente la independencia de régimen jurídico entre muebles e inmuebles y el limitado alcance de la presunción que consideramos, restringida a lo fáctico. Se comprende lo dicho porque el arrendatario de una finca, por citar un ejemplo, puede tener sus propios tractores para el cultivo de ella, y en la posesión de éstos no tiene nada que ver el dueño.

-44- bb) Muebles y objetos

Los comentaristas del artículo han detenido aquí su pluma movidos por la duda que les ofrecía la interpretación de estos dos términos: muebles y objetos.¹¹⁰⁾ Y no han logrado llegar a una interpretación coincidente. MOCIUS escribe:

"Mediante el uso aislado de la voz muebles se ha querido referir sin duda, y con respecto a los bienes raíces habituales, a todas aquellas cosas que tienen por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones. Con el vocablo objetos acaso ha tratado de aludir a las demás cosas que, sin ser dinero, créditos, alhajas, libros, armas, colecciones, etc., tampoco pueden comprenderse en la categoría de mobiliario propiamente dicho, verbigracia, el arado o el trillo, las tinajas o vasijas no empotradas que se encuentren en predio".¹¹¹⁾

Este autor ha pretendido explicar los términos de referencia relacionándolos con el art. 346, II del C.c. Pero el resultado interpretativo al que llega es puramente conceptual y arbitrario.

MANRESA se muestra en su juicio más acertado: "La palabra objetos indica que el legislador no ha querido limitarse solamente a los muebles, en el sentido del artículo 346".¹¹²⁾ Este es el criterio que a nuestro entender deberá prevalecer.

-45- cc) Su ubicación en la cosa raíz

Es por fin necesario que los muebles se hallen dentro de la cosa raíz (art.449 C.c.). MANRESA, a este respecto, ha señalado la necesidad de que el objeto mueble se encuentre habitualmente dentro del inmueble y ocupando el lugar que naturalmente y en circunstancias normales debe ocupar.¹¹³⁾ Estas indicaciones generales no pueden hacernos perder de vista las circunstancias del caso, valoradas según los criterios que hemos destacado.

El artículo 449 sienta un principio muy amplio. Por eso MANRESA trata de restringirlo, exigiendo habitualidad y normalidad. Ninguno de estos requisitos se señala en el artículo, pero a cambio se refiere a la prueba en contrario. Habrá de estarse a la misma y la habitualidad y normalidad son elementos de apreciación, que se cuentan entre otros.

-46- -La prueba en contrario

Como en las demás presunciones de su clase, puede deshacerse la fuerza probatoria de ésta, mediante prueba contraria (art.1251,I) si "consta" o se "acredita" que deben ser excluidos (art.449 C.c.). Esta terminología legal podría suscitar dudas. ¿Quiérese indicarse con ella, que además del procedimiento normal de destruir las presunciones, mediante la contraprueba (art.1255 C.c.), pudiera el Jues des-hacerla por su propia apreciación (si le constase)?

A propósito de los hechos notorios, de fama pública en un círculo social, no se pronuncia la Lec.¹¹⁴⁾ Pero el aforismo jurídico "no-toria non egent probatione", no ha hallado eco en nuestra práctica. La jurisprudencia, como afirma PRIETO CASTRO, ha declarado "la vigencia del principio dispositivo en este punto, de manera que el hecho

notorio no está, en cuanto tal, como la máxima de experiencia, exento de alegación ni de prueba por la parte que intenta servirse de él".¹¹⁵⁾

La prueba en contrario podría hacerse demostrando que no existía voluntad de apropiación (ej. gallina que entra en el corral en ausencia del poseedor), o que la cosa fué abandonada (manifestaciones de abandono).

- 47- c) Se posee lo que se tiene a través de otro sujeto mientras no se demuestre la interversión.¹¹⁶⁾

"La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma prsona que los tiene y los disfruta o por otra en su nombre" (art. 431 C.c.).

El mediador posesorio es aquella persona que en virtud de una relación jurídica que tiene por causa próxima a la ley o ^ala voluntad, posee materialmente una cosa, aprovechando su tenencia a otro sujeto. Cuando esta situación no surge ex lege (ej. representante legal respecto ^a las cosas que posee de su representado; usufructo legal respecto a los bienes objeto del mismo), es necesaria la voluntad del poseedor que resulte favorecido, la cual podrá incluso prestarse con efecto retroactivo (ratificación, art. 439 C.c.) o entenderse presuntamente, cuando la posesión ya existiera de antes (ej. el dueño del bar en que olvidé mi cartera la recoge y custodia para mí, comp.art.1888¹¹⁷⁾ C.c.)

El poder del representado en la posesión (representación en sentido amplio), lo delimita la ley o negocio configurador de la situación. No importa que el representante tenga intención de poseer para sí, pues el título que le constituye en tal, continúa subsistiendo, hasta tanto no se produzca la interversión. Y aún en ese caso se sigue presumiendo en el poseedor mediano la tenencia a través del me-

diador,¹¹⁸⁾ porque se presume vigente el título primero, y corresponde a este sujeto demostrar la interversión.

- .48- d) La tenencia de las cosas fuera del ámbito en que se atribuye la posesión al poseedor.

Nos referimos a aquellos objetos que se encuentran fuera de los espacios delimitados, en que se atribuye, presuntivamente, la posesión a una persona. (art.449 C.c.). El poseedor sabe donde se encuentran, pero están fuera de su ámbito posesorio. La aplicación del art. 461 puede ofrecer dudas en este caso.

Opera, desde luego aquí, la presunción de continuidad,¹¹⁹⁾ evi-
tando demostrar el continuado disfrute posesorio (art.459 y 1960, 2º
C.c.),¹²⁰⁾ pero admitida la prueba en contrario, no resulta de esta
presunción un criterio definitivo, acerca de la subsistencia del
"corpus possessionis".

El poder posesorio requerido por el art. 461, no puede circunscribirse, ni a la materialidad de la tenencia, ni sólo al hecho de estar favorecido el objeto por la presunción emanada del art. 449, C.c. La presunción de continuidad en la posesión, es emanación de un principio más amplio, que favorece la persistencia de la misma, por eso el poder, en contacto con el mismo, adquiere gran flexibilidad: es un poder potencial más que actual. La cuestión de la subsistencia del mismo ^{tiene} dos implicaciones: Las que se refieren a los requisitos necesarios para su continuidad y las que afectan a la "apariencia social" de tal continuidad. Ambas esferas se deben diferenciar, aunque exista un cierto condicionamiento de la primera por la segunda, ya que la apariencia en la posesión, motiva la ajena abstención.

El poder que se exterioriza, se continúa y está jurídicamente garantizado. El que no se exterioriza, aunque se considere subsistente, carece de tal garantía. Se pierde automáticamente la posesión con la ocupación de tercero, que haya confiado en la situación de la cosa, pues la contraria voluntad posesoria no estaba exteriorizada y la cosa aparentaba abandono. Exteriorizado o no, subsiste el "poder", si conociendo el lugar en que se encuentra el objeto se pueden reiterar sobre el mismo, a voluntad, los contactos materiales.

Para comprender mejor lo expuesto, vamos a analizar tres situaciones posibles, en la situación del objeto.¹²¹⁾

-49- aa) Cosas que socialmente se entienden poseídas

Son las que, aun estando en espacios no exclusivos (comunes), por su naturaleza, configuración y localización, socialmente se consideran poseídas, pues el lugar en que se encuentran corresponde al usual en la utilización de las mismas (JHERING)¹²²⁾ Los ejemplos son abundantes: automóviles que se dejan aparcados en la vía pública, barra de hielo depositada en la puerta de un café, sillas de una cafetería colocadas en la calle y sin vigilancia nocturna.

En estos casos, el poseedor tiene asegurada la continuidad posesoria, "de facto" y jurídicamente. "De facto" porque su situación, al ser valorada socialmente, produce, normalmente, la abstención ajena; jurídicamente, porque expresada la voluntad posesoria, se continúa durante un año poseyendo, en caso de ocupación de tercero (art. 460, 4º y 1944 C.c.).

-50- bb) Cosas que socialmente se entienden perdidas

Se presumen perdidos aquellos objetos que aún fuera del círculo del poseedor, no deben estimarse abandonados, porque su abandono no es usual (objetos de valor).

Como socialmente no se entiende que haya abandono, se impone a los demás sujetos un comportamiento respetuoso (art.446) que al ser jurídicamente exigible, asegura de hecho la continuidad del poder material.

El artículo 615, I C.c. parece a primera vista disponer otra cosa:

"El que encontrare una cosa mueble que no sea tesoro deberá restituir la a su anterior poseedor".

De las palabras del artículo 615 no puede deducirse que la pérdida de la cosa suponga la de la posesión: Esta continúa hasta que otro sujeto ocupa el objeto por más de un año (art.460,4 y 1944 C.c.) Y aún entonces, si el mismo, cumpliendo su obligación, lo guarda para devolverlo, pues en este caso el corpus se mantiene a través de la representación del ocupante (art.439 C.c.), Si éste ocupara materialmente la cosa para sí, se produce un despojo, en el cual el despojado conserva la posesión incorporal, durante un año, con posibilidades de usucapir (art.460,4º y 1944 C.c.).

La alusión al anterior poseedor en el art.615 es sólo una forma de referirse al sujeto que antes tenía la cosa, pues para que el hallador esté obligado a devolverla, parece necesario que la tome,¹²³⁾ y al tomarla, se hace poseedor material de ella en favor de quien la perdió, el cual, en cuanto conserva el animus, ratificará su comportamiento. (compárese art.439 in fine).

-51- cc) Cosas que socialmente se entienden abandonadas

En esta consideración social influye predominantemente el carácter del objeto: Hay ciertas cosas, que aún cuando su poseedor no tenga ánimo de abandonarlas, se entiende, socialmente, que lo están, cuando se hallan en determinada situación (la caja de cerillas, de valor afectivo para un coleccionista que transitoriamente permanece en el suelo de un jardín). Esta apariencia de abandono no hace que en este caso se pierda automáticamente la posesión. Pero si otro sujeto tomara la cosa, de buena fe, la posesión se interrumpe automáticamente. Aunque tal apariencia no responde a la realidad, tiene un significado profundo en la vida de la posesión. La buena fe de los terceros, será como siempre presumible (art.434 C.c.), y como la ocupación se basa en una apariencia de abandono, ella ni constituirá despojo, ni la posesión anterior merecerá la protección interdictal. (conf.art.460,4, 610)

-52- e) Posesión de las cosas de ignorado paradero

Es preciso distinguir entre las cosas perdidas y las olvidadas. De las primeras, no sabemos dónde están. De las segundas si lo sabemos, aunque no se encuentran en nuestro ámbito (art.449 C.c.).¹²⁴⁾ Las cosas olvidadas no suscitan cuestiones distintas de las señaladas en el apartado anterior. En éste sólo trataremos de las pérdidas o en ignorado paradero.

-53- -Antecedentes históricos

En el Derecho Romano, la ignorancia del paradero de la cosa fue motivo de la pérdida de su posesión.

"Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere" (D.41,2,25,pr.).

ALBERTARIO comenta, a propósito de este texto, que se pierde la posesión, cuando el objeto es perdido absolutamente de vista, de manera que sea imposible volverlo a encontrar.¹²⁵⁾

Las Partidas no regulan, con carácter general, el régimen de la ignorancia del paradero de la cosa, refiriéndose tan sólo a dos casos concretos en los que se pierde la posesión de los muebles, sin que en ellos se distinga claramente la "pérdida" de la "inaccesibilidad".

"Si... cayese en el mar o en algún río" (L.14 tít.30 P.3a).

La glosa de Gregorio LOPEZ se expresó respecto a este texto en los siguientes términos: "Si res possessa projicitur in mare vel in flumen".

Estos casos se generalizan en la doctrina posterior. SALA advierte a este propósito: "Y en cuanto a las cosas muebles, perdemos también la posesión de aquellas que cayesen en el mar o en algún río, lo que debe entenderse cuando hubiesen caído de tal suerte que no fuese fácil su recobro".¹²⁶⁾

GUTIERREZ referirá el repetido texto, a las cosas perdidas: "... En cuanto a las cosas muebles cuya posesión cesa desde que no pueden volver a ser encontradas, que es lo que sucede en la cosa caída en el mar o en algún río" ¹²⁷⁾

-54- -Ignorancia accidental e ignorancia no accidental

Se distinguen en el Código dos tipos de ignorancia, la accidental, regulada directamente, y la no accidental, cuya regulación resulta a sensu contrario (art.461 C.c.). El análisis de este precepto obliga a distinguir las posibles situaciones. Pero como punto de partida podemos adelantar que la accidental ignorancia del lugar en que se halla la cosa no es causa de la pérdida de su posesión. Y sí lo es, la ignorancia no accidental.

-55- -Posibles situaciones

aa) Cosas de ignorado paradero que se contienen en espacios de posesión exclusiva.

Se siguen poseyendo porque juega el referido principio qui possidet continens videtur possidere contentum. La cosa se mantiene en un ámbito posesorio individual. Por eso, aunque transcurra mucho tiempo hasta que vuelva a ser encontrada, no deja de ser poseída. Sólo se perdería la posesión del objeto, si el mismo, con el tiempo se convirtiera en tesoro.

-56- bb) Cosas de ignorado paradero que se contienen en espacios de posesión no exclusiva.

Importa liquidar situaciones en que ni el poseedor tiene derecho la cosa, ni es previsible que la recupere: Por consecuencia las definitivamente perdidas, dejan de poseerse (art.461 C.c.).¹²⁸

¿Cuándo puede decirse que una cosa está definitivamente perdida? ¿Se trata de una predicción, casi profética?. Ni mucho menos; el Derecho ha de basarse en lo objetivo. Por eso entiende que el objeto sólo se posee, si se busca y llega a encontrarse. Si no se busca, co

nociendo su pérdida, hay un cierto deje del mismo, que si no es su ficiente para entenderlo abandonado, supone al menos darlo por per dido definitivamente.¹²⁹⁾ Si se busca y no llega a encontrarse, se demuestra que la pérdida no es accidental. Mientras que se anda buscando, se conserva, latente, la posesión. En ambos casos, la po sesión se pierde desde que se produjo la pérdida del objeto o sea, desde que se ignoró su paradero.

Si la cosa fuere algún día recuperada podría aplicarse a su posesión la ficción del artículo 466. Pero, en tanto, no hay posesión. Además, la prudencia aconseja, no abusar de las ventajas que reporta el art. 466, no debiendo ser aplicado, si el tiempo transcurrido entre la pérdida, y la recuperación, ha sido suficiente para perder la memoria del objeto (comp.art.352 C.c.).

-57- f) Cosas muebles inaccesibles

Son aquellas, a las cuales, pese a conocer en donde se encuen tran, no se puede llegar, si no es superando la inaccesibilidad, por medios especiales, de los que no dispone el sujeto, o que no es tá decidido a utilizar (ej. joya caída en un pozo, barco hundido en alta mar).¹³⁰⁾

El Código Civil no trata de ellas, pero podemos inspirarnos en el criterio con que se regulan las cosas perdidas. Como en aquellas, distinguiremos:

- a) Si están en el ámbito exclusivo del poseedor, la inaccesibilidad no tiene relevancia práctica, y la usucapión continúa, por subsistir la posesión.
- b) Si están en un espacio común (barco hundido en el mar), dejan de poseerse desde que se vuelven inaccesibles. La titularidad, pese a

ello, se conserva, por si algún día pudieran ser recuperadas. Y en cuanto a la posible aplicación de la ficción del artículo 466, se deberán tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para no equiparar, en todo, a la inercia de la titularidad, la simple condición de poseedor ad usucapionem.

-58- g) Cosas perdidas u olvidadas en el ámbito posesorio de otros sujetos.

Quedan bajo la custodia de éste, y aunque a él favorece la presunción del art. 449, su comportamiento determinará la subsistencia de la posesión a favor de quien las perdió u olvidó, si las guarda, para su devolución, pues se constituye en poseedor en nombre suyo. Si la toma para sí, comete un acto de despojo y al despojado sólo le queda la posesión incorporal (art. 460, 4º C.c.).

2.- En los semovientes

-59- -Peculiaridades de los mismos como objetos de posesión

Las peculiaridades de este tipo de objetos han impuesto, de siempre, agruparlos en un tercer apartado, diferenciado del de los bienes muebles e inmuebles.

Es la autonomía de movimiento lo que principalmente los caracteriza y puede conducirlos, o a una permanente tendencia a vivir con el hombre y bajo su potestad, o a un constante instinto de alejamiento y libertad. Esta forma de ser se tiene en cuenta, y según ella se los clasifica en fieros, domesticados y domésticos (art. 465; 612 III, C.c.; 1 a 5 L. de caza; 16, mayo, 1902).

El régimen jurídico de los semovientes se aproxima, no obstante, al de los muebles. Las peculiaridades que los separan de ellos provienen de que la idea de "poder" adquiere un nuevo significado, por su naturaleza. Estas particularidades del poder posesorio, se manifiestan, no tanto frente a otros sujetos, cuanto, frente al propio animal, el cual ha de estar sometido para mantenerlo en posesión.

-60- -Animales domésticos

Empleando la propia definición legal, son aquellos, que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio (art. 5 L. de caza, 1902). Para más concreción, el Reglamento de la Ley de caza los enumera: caballo, asno, mulo, toro, cabra, oveja, cerdo, gato, gallina, gallo, pavo real, pavo común, gallina de Guinea. (art. 4, R. 3, julio 1903).¹³¹⁾

La tendencia natural que los mantiene junto al hombre los hace asimilables en su régimen jurídico posesorio, a los bienes muebles, por eso no vamos a tratar de ellos con mayor extensión. Retengamos no obstante cómo aquí hay un nuevo factor provocador de la pérdida de posesión: la autonomía de movimiento del propio animal.

Es importante destacar cómo se logra la identificación de estos animales, a través de las marcas ganaderas. Mas el llevar estampada una marca, no constituye en poseedor al titular de la misma, porque el tráfico jurídico de éstos objetos no impone el cambio de la marca en ellos impresa, pero sí crea una presunción favorable de posesión en beneficio del titular de la marca.¹³²⁾

-61- -Animales fieros y domesticados: delimitación de sus respectivos conceptos.

Según la ley de caza, son animales amansados o domesticados, los que siendo por naturaleza fieros o salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre (art.3).

Según la propia Ley son animales fieros o salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza (art.2).

El concepto de animal fiero o salvaje que suministra la Ley de caza, parece contemplar la situación del mismo, previa a su captura. Es explicable por tratarse de una ley que regula una materia especial. La aplicación rigurosa de esta idea, impediría la posesión de los mismos, pues tras la ocupación, dejarían de ser fieros, ya que entonces, ni vagan libremente, ni es la fuerza el medio idóneo para su captura. Como estas consecuencias chocan con el Código Civil, que considera poseibles a los animales fieros art.465, es forzoso reconocer que la Ley de caza, aunque posterior al mismo, es sólo aplicable a una materia especial, por lo que sus principios no deberán prevalecer sobre los codificados. La ocupación de un animal fiero no cambia su carácter; es preciso para ello, que se le domestique o acostumbre, como incongruentemente, señala la propia Ley de caza (art.32).

Domesticar es infundir artificialmente en un animal fiero, cualidades propias de los domésticos, y entre ellas el animus revertendi (querencia art.465, in fine C.c.). Los animales fieros capturados por el hombre, mediante la caza y conservados por éste en su poder, sin cambiar sus hábitos, no dejan, por esto, de ser tales. Así, lo siguen siendo, las fieras de un parque zoológico o los pajaros enjaulados.

-62- a) Régimen jurídico posesorio de los animales amansados¹³³⁾

Por encontrarse situados en una zona intermedia entre los animales domésticos y las fieras, reciben un trato jurídico específico. El animus revertendi hace que se retenga la posesión de los mismos, incluso en aquellos momentos en que vagan fuera del poder del hombre. En éstas condiciones se asimilan a los domésticos:

"Los animales domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor" (art.465 C.c.).

-63- aa) Adquisición originaria de los mismos: la ocupación

En torno a la ocupación se plantea la problemática jurídica más importante en estos animales. Debemos distinguir la ocupación primera, practicada sobre animal fiero, y la ocupación posterior al amansamiento, practicada sobre animal que como amansado era poseído por un sujeto. Este es el supuesto que debemos considerar, por que el anterior, se estudia en el régimen de los animales fieros.

-64- aaa) Ocupación por terceros de un animal amansado

Nos referimos al siguiente caso: El animal no ha perdido el animus revertendi y cuando vaga libremente, es apresado por tercero. Supongamos que este tercer ocupante actúa desconociendo la verdadera situación jurídica del animal.

La ocupación que consideramos establece una pugna de intereses. De un lado los del anterior posesor y propietario, que no debe perder por este hecho su titularidad. (comp.art.610 C.c.). De otro el del ocupante, para el cual debe permanecer oculto, por no aparentarse, el carácter domesticado y no salvaje del animal. La buena fe de

este sujeto también merece protección.

Esta pugna se resuelve armoniosamente en el Código Civil:

"El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de 20 días a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término pertenecerán al que los haya cogido y conservado"(art. 612,III)¹³⁴⁾

Se ha establecido así un régimen especial para la adquisición de estos bienes, en el caso que consideramos: No es ni la ocupación, ni la usucapión normal. Es un caso de usucapión especial. Al plazo de veinte días corresponde una usucapión abreviada, que exige buena fe en el usucapiente. Porque la mala fe haría más estimable el interés del titular primero que el del ocupante, y al no existir la pugna de intereses que resuelve el artículo 612-III, no se justificaría la aplicación del mismo.

El acortamiento de plazo en esta usucapión abreviada pone de manifiesto cómo el Código, en cuanto a los animales no domesticados, trata de unir al hecho de la posesión su titularidad.

Además se destaca en ella mayor rigor en la exigencia de conservación del "corpus", quizá por contrarrestar el excesivo acortamiento del plazo ("cogido y conservado", art.612,III).

Comenzado este plazo de usucapión, aprovecha a quien sea transmitida la cosa por el ocupante (ej. perdiz amansada que entra en el fundo vecino, cae en un cepo colocado en el mismo y después de apresada se vende viva a otro sujeto por el que la atrapó.)

-65- bbb) Ocupación por tercero de mala fe.

Es ocupante de mala fe, respecto a un animal amansado, todo aquel que, no obstante su apariencia de fiera, conoce la verdadera condición jurídica del mismo.

Para él no hay posibilidad de adquirir el objeto a los veinte días. A su usucapión han de aplicarse los plazos normales de los demás bienes muebles (art.1955 C.c.). Como es normal en posesión, también en este punto ha de presumirse la buena fe (art.434). En algunos casos habrá fuertes indicios para reconocer la mala fe (por ej. ejemplar de circo, único por sus cualidades, cuya fuga se anuncia; la paloma mensajera identificable por un anillo).

-66- bb) Formas derivativas de adquirir la posesión de los animales amansados.

Una vez que se hallan en el patrimonio del hombre, pueden, los animales ser transmitidos de un sujeto a otro. Las formas de transmitir la posesión de los animales amansados, no ofrecen, en principio, particularidades. Deberá tenerse en cuenta si el adquirente conoce o no las circunstancias antijurídicas en que fue ocupado el animal por su causante, pues desconocidas, merece ser favorecido con la usucapión abreviada (art.612,III), aunque ésta no cupiera al transmitente.

El tiempo de usucapión se cuenta para el adquirente de buena fe desde la ocupación del causante, si aquel también poseía de buena fe, y en caso contrario, desde la entrega.

cc)
-67- Pérdida de la posesión de los mismos.

La pérdida en la posesión de estos animales puede provenir o de la ocupación de tercero o de una mutación en los hábitos del propio

animal que deja de tener "animus revertendi". En cuanto la ocupación de tercero sea de buena fe -creyendo salvaje al animal- produce automáticamente la pérdida de la posesión. Si fuere de mala fe, queda equiparada la situación a la resultante del artículo 460,4º, C.c.: se conservan por un año los efectos de la posesión.

Ahora nos queda hablar de la pérdida del animus revertendi. Respecto a ello se dispone en el Código Civil:

"Los (animales) domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor" (art.465,C.c.).

Se pierde la posesión desde que el animal salió para no regresar y si el poseedor era "ad usucapionem", en ese mismo momento se interrumpe la usucapión.

El animal, por esta fuga, se hace "nullius" y pertenecerá al primer ocupante. Conviene, no obstante, separar a aquellos animales que por las peculiares cualidades que su poseedor les ha infundido sean ejemplares valiosos (ej. león de circo). Si el que los perdió continúa buscándolos, no se hacen "nullius" y por tanto es obligado a aquel que los atrapare devolverlos. La posesión está latente sobre los mismos, mientras persiste su ~~p~~secución, porque se ha de valorar no sólo a la fiera, sino la transformación operada sobre la misma ~~p~~obra del trabajo (comp.art.383 C.c.).

-68- b) Régimen jurídico posesorio de los animales fieros

"Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder"... (art.465, C.c.).

A este propósito, converndrá resaltar el doble sentido que tiene la voz "poder" en nuestro Código. En una acepción, permanece en nuestro "poder" lo que se encuentra localizado en nuestro ámbito y se predica de los bienes muebles en general en el artículo 461. En otra, referida a los animales fieros, el "poder" significa un obstáculo opuesto a su natural tendencia a la huida, como resulta del artículo 465. Con respecto a la posesión de los animales fieros el poder se utiliza en ambos significados, pero el del artículo 461 se identifica con el requerido en los bienes muebles.

Permanecen en nuestro "poder" los animales fieros, si impedimos por algún medio que recobren su primitivo estado de libertad natural. La medida del mismo será la requerida por el afecto que se trata de conseguir: que el animal siga al alcance de la acción del poseedor. Por eso aún no existiendo poder en sentido físico, no se pierde la tenencia si la fiera sigue en situación de sometimiento, (ej. se olvida cerrar la jaula del león, pero éste no se escapa, por que duerme). Lo importante no es tanto el ejercicio del poder cuanto la sujeción del animal dentro de nuestro ámbito, (efecto del "poder").

Eh. cuanto al otro significado del "poder", como dominación contrapuesta a la influencia de otros sujetos de la comunidad, se asimilan los animales fieros al resto de los bienes muebles. El canario que se coloca enjaulado en la ventana y está al alcance de los viandantes, no puede huir y está en nuestro poder en el sentido que le otorga el artículo 465,¹³⁵⁾ pero si un paseante lo toma enjaulado, ha dejado de estar en nuestro ámbito o "poder" en el sentido del artículo 461, aunque siga poseído por el hombre (poder en sentido del art.465) y está dentro del tráfico.

-69- -Animales fieros con amplia libertad delimitada

El Código civil no especifica el grado de proximidad entre el animal y la persona necesario para que aquél continúe en poder de ésta, (v.art.465). La práctica ofrece ejemplos dudosos: peces contenidos en un estanque privado, bestias que vagan en una gran extensión amurallada sin serles posible extralimitarla. Se hace, por ello, necesario un enfoque de estas cuestiones, que limitaremos, para mayor concreción, a la problemática relacionada con la posesión ad sucaptionem.

¿Se inicia la posesión del animal con la de la finca o el estanque? ¿Es aplicable el caso la presunción del artículo 449, o por el contrario, se necesita un poder más directo?

-70- aa) Antecedentes

La cuestión interesó al Derecho Romano y en este Ordenamiento existen textos, según los cuales no se posee el animal que vaga libremente en una gran extensión espacial, aunque esté delimitada:

"Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri sed eos pisces qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictas sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est".(D.41,2,3, 14).¹³⁶⁾

Las Partidas siguen esta misma orientación:

"Esto mismo sería, (pierde la tenencia) cuando los metiese en algún lugar grande, maguer fuese valladeado, o cercado, o si metie se los pescados en algund estanque o albuhera, como quier que los omes, usen lo contrario" (2.18, tít.30, Part.3ª).¹³⁷⁾

Las Partidas toman en consideración las dimensiones del lugar, sin duda porque la accesibilidad a la cosa es mayor en un espacio reducido, pero su solución, según destacan no era la que seguía la práctica.

- 71- bb) Régimen jurídico de la posesión de los animales fieros que por destino del poseedor han sido colocados en libertad delimitada

Debemos considerar en libertad delimitada al animal fiero que se encuentra en un espacio, que por sus dimensiones, impone el ejercicio de la caza para su captura. En este supuesto se plantean, referidas al "corpus", interesantes cuestiones, en relación con la usucapión y posesión que a ella conduce. Para mejor ambientarnos en ellas, pondremos algún ejemplo.

El poseedor ha robado una fiera, perfectamente identificable, de un parque zoológico, y le da suelta en una finca de su propiedad, completamente amurallada. ¿Hay posesión suficiente para usucapir?

Una persona, en otro ejemplo, adquiere un león de un circo al cual destina, en una finca de similares condiciones a la del ejemplo anterior, para que vague libremente.

En principio, parece posible entender, que las fieras cuya aprehensión requiere el ejercicio de la caza no son poseídas, aunque esté delimitado y poseído (comp.art.449 C.c.) el espacio que las con-

tiene. Esta era la solución, rechazada, como sabemos, por nuestra práctica, y aunque la misma sea correcta, en cuanto a la tenencia, debemos modificarla, ante la consideración de que los animales que se encuentran en esta situación no se hallan plenamente abandonados a su libertad natural; ni son asimilables a las piezas de caza, porque éstas pueden pasar de una finca a otra, en tanto que los peces del estanque o las fieras, se encuentran, por fuerza, en el espacio en que las hemos colocado: sobre cada uno de estos objetos se tiene un concreto derecho de aprehensión.

En el orden de la posesión que conduce a la usucapión se puede considerar suficiente el "corpus" que en este caso se tiene. Aunque no haya un contacto directo con la cosa, se tiene en cambio el derecho exclusivo y la posibilidad fáctica de cazar la pieza concreta o pescar el pez, lo que implica una posibilidad mediata de acceso a la cosa, que es suficiente para continuar en la usucapión iniciada frente a tercero.

Hasta tanto se adquiriera el objeto por usucapión el tercero propietario puede reclamarlo, ejercitando incluso la caza para su captura, trasprevia autorización judicial (art.441, C.c.), de forma que cause el menor daño a la finca.

Esta solución parece la más adecuada:

19.- Porque favorece tanto al poseedor usucapiente, estimando suficiente su posesión para usucapir, como al sujeto frente a quien se prescribe, o sea al titular, pues le permite conservar su derecho sobre la cosa, que por seguir en la posesión del que se halla en trance de usucapir,¹³⁸⁾ no se ha hecho nullius.

2º Porque el animal se encuentra en el destino que el poseedor le ha dado. Antes de conferir a los animales este destino, soltándolos en sus dominios para ornato o recreo, los tenía en su poder y como tenedor de ellos los ha destinado. Tales ~~objetos~~ le han de prestar su utilidad en el destino concreto que han recibido y por ello, aunque se cree cierto distanciamiento entre el sujeto y la cosa, el mismo implica continuidad en el señorío sobre ella.

-72- cc) Animales que se encuentran en un espacio delimitado sin "animus" del poseedor del mismo

Consideramos el caso del animal que se encuentra en un espacio delimitado perteneciente a una persona, sin poder salir, sin el conocimiento de dicho sujeto, el cual no tiene, por tanto, animus de ejercer un poder posesorio sobre la bestia. La presunción del artículo 449 cede, en este caso, por no existir tenencia consciente y voluntaria y no se inicia posesión alguna, ya que no basta la estancia del animal en el espacio poseído para explicar el comienzo de su posesión. La "ocupación" requiere una toma efectiva de poder sobre el objeto que exteriorice la voluntad de tenerlo, y aunque después, no importe que el poder se espiritualice de nuevo, (es la natural flexibilización de la tenencia, amparable bajo el efecto del principio de continuidad en la posesión), en este caso no ha habido adquisición posesoria, por faltar la materialidad posesoria inicial.

-73- -Pérdida de la posesión de los animales fieros

El animal fugado, al recobrar su estado natural deja de ser poseído. Pero si, siendo identificable, es perseguido, y recuperado, debe entenderse que no se ha perdido la posesión, ni se ha interrumpido la usucapión.

-74- B.- Ambito externo del poder en la posesión ad usucapionem

En toda situación posesoria hay que considerar, junto al aspecto interno o fructivo, otro externo, cifrado en la "protectio" que a la misma presta el Derecho. Más la efectividad de la "protectio" podría estar protegida cuando la situación (tomada en consideración a efectos de usucapir), no está suficientemente indicada como para garantizar su respeto. (ej. objetos aparentemente abandonados y que en realidad sólo están olvidados: caja de cerillas, cuyos valores singulares sólo pueden ser reconocidos por un experto, que es olvidada sobre la mesa de una cafetería). Se observa que ni en este caso carece la posesión de "protectio", ya que si ésta no pudiera ejercerse frente al ocupante que confió en la situación aparente de la cosa, por estar obligado, quien posee, a exteriorizarlo, es en cambio practicable frente al ocupante de mala fe.

-75- 1.- La exclusión de toda influencia extraña en la noción posesoria de SAVIGNY

SAVIGNY, seguido por GUTIERREZ, entendió que la posesión significaba la posibilidad "material" de excluir toda influencia extraña,¹³⁹⁾ lo que le valió la crítica de la doctrina posterior (WINDSCHEID, WOLFF). Su teoría no tiene actualidad en este punto, y sobre todo no parece poderse mantener en nuestro Derecho.¹⁴⁰⁾

La oposición a las perturbaciones ajenas ha pasado, de tarea individual a función del propio Ordenamiento (art. 446, 441, 444, 460-42). Ya no es un elemento del concepto de posesión, sólo se exige, engarzando así con el punto de vista de las teorías sociológicas, que los actos posesorios se manifiestan convenientemente para su protección jurídicas. La exclusión, es a lo más, el ánimo de excluir a los otros

-76- 2.2 Direcciones sociológicas.

En los últimos tiempos se ha señalado por algunos autores que la posesión es un hecho social, llegando a sostener FEDELE que la relación entre el sujeto y la cosa se atenúa y pasa a segunda línea: El comportamiento del poseedor respecto a la cosa asume exclusivamente el valor de causa de la abstención.¹⁴¹⁾

El pensamiento de FEDELE tiene eco en nuestra doctrina en el Profesor HERNANDEZ GIL. "La convivencia ciudadana, auténticamente civil, sostiene este autor, atendida al patrón de la paz armónica y el mutuo respeto, confiere margen para una noción del corpus fluida meramente indicativa. Siendo así, no es ya el saber que un bien se encuentra en la espera de actuación ajena lo que funda el reconocimiento de la posesión; basta la constancia de que no se encuentra en la esfera de acción propia".¹⁴²⁾

Esta dirección sociológica ha venido a replantear dos fundamentales cuestiones:

1ª Fundamento último de la abstención ajena.

2ª Primacía entre el aspecto externo e interno de la posesión.

Sobre ~~las~~ mismas vamos a hacer algunas consideraciones.

-77- Fundamento último de la abstención de terceros

En esta cuestión aportó PEROZZI un punto de vista sociológico tenido en cuenta por otros autores posteriores. Aunque estas consideraciones las haga este autor dentro de sus Instituciones de Derecho Romano su exposición, como él mismo advierte, se hace sin consideración a ese ordenamiento: Es una teoría de la posesión como fenómeno social.¹⁴³⁾ Apoya la abstención de terceros en la costumbre

social de no inmiscuirse en las cosas que no se muestran libres, costumbre que es resultado del progreso social.¹⁴⁴⁾ Por si fuera esto poco advierte que la posesión es relación de hecho y no de de recho, entendiendo esto en el sentido de que la voluntad del Estado no juega un papel relevante en su constitución.

La "noción meramente indicativa" del corpus, que entre nosotros acoge HERNANDEZ GIL, es también resultado de un proceso de desarrollo social y cultural. Por eso este autor señala cómo el grado de incidencia sobre las cosas, necesario para que exista una situación posesoria, se halla en razón inversa con el grado de desarrollo social y cultural.¹⁴⁵⁾

A nuestro entender, que la posesión se considere como situación de hecho no debe hacernos olvidar, que no está totalmente abandonada a la espontaneidad social: por el contrario, está modelada y protegida por el Derecho. El previo reconocimiento jurídico de toda situación posesoria es entre nosotros una realidad de la que deriva la protección conferida a la misma (art.446) y el deber de respetarla (art.441,444,4446,460,42 C.c.). Es cierto que el desarrollo fáctico de la posesión se apoya en la abstención de terceros, y que ésta, aunque impuesta por el Derecho, será de hecho más probable, a mayor grado de progreso social. Pero esto es sólo un dato, porque bastaría la protección del Derecho, independientemente del grado de desarrollo social, para que existiese el ámbito excluyente de la posesión. El comportamiento social no puede valorarse, por tanto, como dato último y determinante de la existencia de la posesión,¹⁴⁶⁾ sino como factor que hace realidad la protección jurídica, por la vía espontánea, sin necesidad de la coacción, que siempre queda a disposición del que ve atacada su condición de poseedor.

-78- -Primacía entre el aspecto externo o interno de la posesión

En cuanto a la otra cuestión relativa a la primacía entre el goce o la exclusión, nuestro Código Civil, al definir la posesión, resalta la relación sujeto objeto (art.430) sin tomar en consideración la relación externa y excluyente entre el poseedor y terceros. Esto ya merece ser tenido en cuenta (conf.arts.431,438,447,449,459, 461,462).

Además, la protección se concede en atención a esta situación de goce y presuponiendo su existencia (art. 446 C.c.) lo que indica también una mayor valoración del aspecto interno.

Todo lo dicho no resta su importancia al ámbito externo de la posesión porque el mismo condiciona el respeto y subsistencia del propio disfrute: La posesión de tercero es un límite del corpus possessionis

-79- -La posesión de tercero contra la voluntad del poseedor, límite de las situaciones posesorias.

La relación posesoria se mantiene de hecho gracias a la abstención ajena. Más aunque sea jurídicamente obligatoria esta abstención, hay sujetos que no la respetan. Ante este dato sociológico el Derecho tiene que conceder al despojado, no sólo medios recuperatorios, sino una posición jurídica semejante a la que le otorgara la posesión material, que sólo se pierde con el transcurso de un año (art. 460,4º). Y aún después, si se recupera con arreglo a Derecho la posesión material, se entiende que el disfrute no se ha interrumpido (art.466 C.c.). Al mismo tiempo, si el comportamiento del usurnador pudiera tipificarse como delictivo, se le veta la usucapión del bien

hasta tanto prescriba el delito o falta o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil (v.art.1956 C.c.). Estos preceptos, y algún otro especialmente referido a la usucapión (art.1960-29) que favorece la prueba de la tenencia, quitan importancia práctica al acto del despojo.

Hemos creído más útil tratar de la pérdida posesoria por ocupación ajena en la parte final del trabajo, dedicada al estudio de la interrupción de la posesión que conduce a la usucapión, en vez de hacerlo aquí. En aquel lugar no se estudia abstractamente la pérdida del corpus, sino en concreto, los límites de la situación posesoria apta para usucapir.

-80- V. ESPIRITUALIZACION DEL CORPUS

Será muy conveniente completar el estudio del "corpus possessionis" haciendo una mera referencia a ciertas situaciones de las cuales se derivan efectos posesorios relativos a la usucapción, sin que exista posesión natural. La naturaleza de estos supuestos es ciertamente heterogénea y la eficacia posesoria no tiene en todos ellos el mismo alcance, pero su agrupación panorámica enriquecerá con una visión de conjunto nuestro estudio del elemento material de la posesión.

-81- 1º Posesión del despojado

El despojado conserva su posesión por espacio de un año. De esta figura y de las ventajas que reporta para la usucapción, (art. 1944), tratamos en otro lugar de este trabajo.¹⁴⁷⁾

-82- 2º Posesión civilísima

La denominada posesión civilísima,¹⁴⁸⁾ podría constituir por si misma el tema central de un trabajo,¹⁴⁹⁾ mas en nuestro intento de estudiar la posesión ad usucapionem, sólo debe hallar cabida limitadamente. Lo que nos importa es la situación de la posesión para usucapir, durante el periodo de tiempo que se inicia con la muerte del de cuius y concluye con la toma efectiva de los bienes de la herencia por el heredero. No es usual en nuestra doctrina un planteamiento de los efectos de la posesión civilísima, en relación directa con esta materia.

Antecedentes

En Roma, el heredero continuaba la usucapión de su causante ("Etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit...¹⁵⁰⁾, pudiendo completar a su favor la usucapión, "ante aditam hereditatem".¹⁵¹⁾ Este fenómeno jurídico es una excepción al sistema de transmisión de la posesión vigente en aquel Derecho, por el cual el heredero no sucedía en la posesión de la herencia.¹⁵²⁾

El Derecho germánico conoció la transmisión automática al heredero, de la posesión del causante.¹⁵³⁾ El heredero adquiere con la herencia la GEWERE IDEAL, aun cuando un tercero se haya apoderado de la cosa, valiéndole la misma para continuar la usucapión.¹⁵⁴⁾

En el Derecho castellano hallamos dos muestras de posesión civilísima, una en las Partidas, a propósito de la reversión de donaciones,¹⁵⁵⁾ y otra, la más importante, en las Leyes de Toro con respecto a la transmisión hereditaria del mayorazgo.¹⁵⁶⁾ También en Cataluña se aplicó a la tesuta.¹⁵⁷⁾ Generalizando estas disposiciones excepcionales, el P. de 1851 dispuso que "los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino en la posesión" (art. 554).¹⁵⁸⁾

El Código Civil

La transmisión al heredero de la posesión disfrutada por el causante, a efectos de continuar la usucapión, es una concreta manifestación de la transmisión, por vía hereditaria, de las situaciones posesorias, que se reconoce en el artículo 440 del Código Civil.¹⁵⁹⁾

La posesión civilísima pudiera definirse como una atribución automática, que el ordenamiento jurídico hace al heredero, con posterioridad a la aceptación, de la situación posesoria del causante (entre otras, a efectos de usucapir) con independencia de la posesión corporal de los bienes.

La atribución que consideramos coloca al heredero en la misma situación posesoria de su causante. En un doble sentido se produce la sucesión: sucesión en el tiempo de posesión disfrutado por el de cuius y sucesión en el concepto en que aquél poseía. Además permite continuar la usucapión iniciada, antes de haber tomado contacto material con el objeto poseído.¹⁶⁰⁾

La transformación jurídica de la posesión material del causante en posesión civilísima, producida automáticamente, es el medio o "formalidad" (art. 438) que adopta el Derecho para transmitir por vía hereditaria la posesión.¹⁶¹⁾ Esta posesión transformada, que se produce en el momento mismo de la muerte del causante, no se atribuye al heredero hasta su aceptación.¹⁶²⁾ Las situaciones fácticas de la herencia, abstraídas así de su condición de hecho, y espiritualizadas (lo que potencia su atribución ipso iure), entran, en cierto modo, a formar parte de la herencia como "posiciones heredables"¹⁶³⁾ (art. 659 C.c.). El efecto que se pretende lograr, colocar al heredero en la misma situación posesoria del causante, se atribuye sin necesidad de la toma del objeto. Para que la posesión "ad usucapionem" pueda ser considerada posición heredable, es preciso que la misma no se extinga por la muerte del causante (comp. art. 659 C.c.). Respecto a ello, el sentido del art. 440

debe completarse con el del 1934, del cual se deduce que la usucapión no se interrumpe con la muerte del de cuius.¹⁶⁴⁾

La posesión civilísima sólo favorecerá al sujeto que tenga verdadera condición de heredero, quedando excluidos del beneficio de la misma, tanto el legatario¹⁶⁵⁾ como el heredero aparente.¹⁶⁶⁾ Por otra parte se hace precisa la aceptación de la herencia, pues en otro caso se poseería en concepto de potencial heredero.¹⁶⁷⁾

Ni el ingreso de la posesión civilísima en el caudal hereditario, ni su adquisición por el heredero, "vinculan" a los bienes de referencia a un sujeto o a un patrimonio, pues los objetos sobre los que recae esta posesión, no están sometidos, a un régimen posesorio especial (comp. art. 460, 4 y 1944 C.c.).

La prescripción (también la usucapión) puede producirse en contra de la herencia (art. 1934), lo que necesariamente implica que la posesión civilísima se someta a las vicisitudes interruptivas de la posesión ad usucapionem.¹⁶⁸⁾

Las posibilidades de modificación de la situación posesoria atribuida le están, en cambio, limitados al heredero. El llamado a la herencia no puede "renunciar" a la posesión civilísima antes de la aceptación. Tampoco podrá intervertir unilateralmente el concepto posesorio que correspondiera al causante, hasta tanto no posea corporalmente la cosa, pues si se adquiere la posesión, por el otorgamiento del Derecho, éste preordena el concepto jurídico de la misma, sin posible cambio.¹⁶⁹⁾

Los bienes poseídos pueden encontrarse en alguna de estas situaciones.

1ª Si el causante era poseedor mediato (ej. poseía como nudo propietario) se asegura la continuidad de la usucapión, que gracias a la posesión civilísima aprovecha al heredero, mientras subsista el título que constituyó la relación de mediación posesoria.

2ª Si el causante era poseedor de hecho, los bienes pasan, con su óbito, a la herencia, y en ella y en su favor, continúan en usucapión. Toca al administrador del caudal hereditario, hacer posible esta continuidad posesoria.

3ª Si el causante fue despojado de la cosa, y aún no ha transcurrido un año, la posesión incorporal que él tenía ingresará en la herencia, acompañada de la acción interdictal para hacerla efectiva. Al heredero se atribuirán los efectos de dicha posesión incorporal por su posesión civilísima.

4ª Si el causante era, a su vez, poseedor civilísimo, que no llegó a obtener materialmente la posesión de la cosa, su misma posesión civilísima se atribuirá continuadamente al heredero.

Notamos en los casos señalados, cómo, gracias al encuadramiento posesorio de los bienes en la herencia, se potencia la atribución de los efectos a que diere lugar la posesión de los mismos, en favor del poseedor civilísimo.¹⁷⁰⁾

Se extingue la posesión civilísima cuando el heredero entra en contacto directo y exclusivo (en concepto de dueño) con los bienes hereditarios a que la misma se refería, porque ya no es preciso atribuirle ficticiamente el efecto de la posesión, que emana directamente del hecho posesorio.

Queda también desprovista de contenido actual la posesión civilísima (puesto que siempre sirve para justificar la atribución de la posesión anterior) cuando los bienes dejan de estar encuadrados, posesoriamente, en la herencia.

-83- 3º Posesión mediata:

Es la que se disfruta a través de la tenencia de otro sujeto también llamado poseedor inmediato. El Código Civil admite la posibilidad de la representación posesoria (art. 431, 439 C.c.), como consecuencia el poseedor superior, aunque no tenga un contacto directo con la cosa, es considerado como poseedor.

Todo el tema de la posesión mediata está coordinado al de la representación en la posesión, que de propósito se excluye de este trabajo. Por eso no entramos en el análisis de la misma.

-84- 4º Posesión posterior a la entrega por pacto de constituto posesorio.

Una aplicación del juego de la mediación posesoria se produce en la figura del constituto posesorio, y en la entrega ins

trumental. De ambas tratamos ampliamente en la parte segunda, capítulo primero.¹⁷¹⁾

-85- 5º Referencia a la posesión registral

Con esta referencia al art. 35 y 38 L.H. se quiere resaltar cómo la usucapión de inmuebles registrados se basa en la posesión concedida por el Registro, al titular de la inscripción. Esta posesión registral que, puede admitir un tratamiento de simple presunción iuris tantum o de verdadera ficción posesoria, está situada en un terreno extraño a este trabajo.¹⁷²⁾

-86- 6º La ficción del artículo 466

"El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción".

En la amplitud con que concibe el Código esta ficción de continuidad en la posesión queda, sin duda, incluido el efecto de la usucapión. Por eso este precepto se verá aplicado reiteradamente a lo largo del trabajo.

Capítulo. Segundo

A n i m u s p o s s i d e n d i : (posesión en concepto de dueño)

Capítulo Segundo

A n i m u s p o s s i d e n d i : (posesión en concepto de dueño)

I

INTRODUCCION

-87- La posesión en concepto de dueño es requisito de todo tipo de posesión ad usucapionem

La posesión que conduce a la usucapión, según exigencia del Código Civil, ha de ser en concepto de dueño: "Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales, se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título..." (art.1940) y esta posesión "ha de ser en concepto de dueño" (art.1941). La misma idea se recalca de nuevo al disponer que "sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio" (art.447 C.c.).

Este elemento subjetivo integrante de la posesión ad usucapionem no sólo es requisito de la que conduce a la prescripción ordinaria, como a primera vista pudiera deducirse del artículo 1941 en relación con el que le precede (referido a la prescripción ordinaria) o del 1955,II y 1959 (en los cuales sólo se requiere la posesión, para adquirir el dominio por la usucapión extraordinaria); Como integrante jurídico de la noción de posesión idónea para usucapir se contiene siempre en ésta. Por otra parte las razones lega

los que inducen a otro criterio no son concluyentes: el artículo 1959 tan sólo omite la exigencia de título y buena fe en la prescripción extraordinaria de bienes inmuebles, equiparando la posesión a la requerida en la prescripción ordinaria; y en cuanto al 1955,II, referido a los muebles debe entenderse que con su expresión "sin necesidad de ninguna otra condición" alude tan sólo al título y a la buena fe, pues, de interpretarse literalmente estas palabras, se excluiría la aplicación de otros preceptos (ej. artículo 1956).

Nuestra jurisprudencia, como no podía menos, ha exigido reiteradamente, en la prescripción ordinaria y extraordinaria, que la posesión sea en "concepto de dueño"¹⁾ Además el propio Código reafirma este parecer por cuanto dispone que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño (art.1942), sin restringir el amplio alcance de estas palabras.

-88- Concepto de dueño y animus possidendi

El animus possidendi, tratándose de posesión ad usucapionem, se expresa en la fórmula técnica de "concepto de dueño" a través de la cual se considera tipificado y objetivado. Su fijación, como ya veremos, no queda relegada al dictado autónomo de la voluntad del poseedor, entendida ésta en su expresión psicológica; por el contrario, se acude a una voluntad objetivada, resultado de tomar en consideración al "animus" con que se adquirió la posesión y de presumirlo persistente, por efecto del "principio de continuidad" en el concepto posesorio (conf. art. 436 C.c.)²⁾

-89- II. Posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor: art. 432 C.c.

El Código civil emplea equívocamente la expresión "concepto de dueño". Uno de los preceptos en que ésta se utiliza, contrapuesta a "concepto de tenedor", es el art. 432, del que a continuación nos vamos a ocupar. Esta norma adolece de obscuridad, manifestada en las divergencias que acusa la doctrina en su interpretación. Antes de entrar en su examen, será por eso conveniente aludir a las principales corrientes interpretativas que a la misma se refieren.

-90- Interpretaciones del mismo

Atendiendo a la letra del artículo 432 son admisibles dos interpretaciones, a las que separadamente aludiremos, incluyendo en ellas a los autores que las apoyan.

1ª) Según una dirección doctrinal, poseedor en "concepto de dueño" es, quien siendo titular de un derecho que legitima su tenencia de la cosa, se encuentra, además, en posesión de ésta. Poseedor en "concepto de tenedor" es aquél que tiene la cosa, sin un derecho subjetivo que justifique tal tenencia ("perteneciendo el dominio a otra persona", art. 432 C.c.).

Con arreglo a esta versión de la distinción, el poseedor ad usucapionem sería en "concepto de tenedor", porque carece de derecho. Aunque chocante (Comp. art. 447 y 1941 C.c.), podría ello explicarse admitiendo un doble significado técnico de la expresión "concepto de dueño", en nuestro sistema jurídico.

Refiriéndose a esta interpretación MANRESA indica, que "el sentido del artículo 432 resulta claro a primera vista. No así si se pretende investigar el verdadero alcance de las frases que se emplean... Parece que todos los que no sean dueños... poseen en concepto distinto al de dueño, pero entonces hasta el poseedor de buena fe que no sea dueño, aunque crea y aparente serlo, que ejerce de hecho el dominio, aunque no le corresponda de hecho, poseería en concepto de no dueño". Y añade, "no es ésta la idea del artículo 432, lo cual se prueba fácilmente sin más que leer el artículo 447".³⁾

ALONSO MARTINEZ, en la elaboración del Proyecto de 1882, dentro de la Comisión de Codificación,⁴⁾ interpretaba en este mismo sentido el precepto antecedente de nuestro actual 432, que fuera elaborado y presentado en aquella ocasión por el Ponente, el Sr. SILVELA (sesión de 13 enero, 1882);⁵⁾ FRANCISCO DE CARDENAS en la sesión siguiente, celebrada el 17 de enero de 1882, parece inclinarse por parecida interpretación.⁶⁾ Todas estas opiniones tienen un valor restringido, pues no dejan de ser apreciaciones espontáneas cuyo sentido estuvo lejos de toda preocupación polémica para el resto de los Sres. Vocales, y cuyo alcance no quedó unido ineludiblemente a la letra del actual artículo 432 del Código.

Con posterioridad se establecía en la Ley de Bases:

"La posesión se definirá en sus dos conceptos, absoluto o emanado del dominio y unido a él y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio" (Base 11).

"Quizá aludían estas oscuras palabras, al decir de CASTAN, a la distinción entre el derecho a poseer anejo al dominio (que las escuelas llaman "ius possidendi") y el derecho de posesión como poder de hecho independiente del dominio (ius possessionis). Agregando el mismo Autor que "lo cierto es que el Código ha prescindido por completo de la Base".⁷⁾

Nuestra jurisprudencia y doctrina no han acogido, en general, esta primera interpretación del artículo 432; y con razón, porque ni la letra del precepto lo impone inexorablemente, ni parece razonable, que un Código dedique un precepto a recoger una distinción de escuela, cual es la que existe entre los llamados "ius possidendi" y "ius possessionis".

2a) La segunda dirección interpretativa relaciona el sentido de la posesión en "concepto de dueño" del artículo 432, con el que tiene la misma en otros preceptos de igual cuerpo legal (arts. 447 y 1941). Así llega a cifrar este significado en la posesión que ejerce quien, sin ser dueño, o en su caso titular de otro derecho usucapible, actúa con ánimo de serlo, y por tanto como si lo fuese. Esta es, en líneas generales, la orientación que sigue nuestra doctrina, en su mayoría, con variaciones secundarias, según el punto de vista de cada autor, explicables, por lo demás, ya que el artículo que consideramos dista mucho de ser claro, y en sus confusos términos se albergan bases suficientes para la matización sutil.

Dentro de esta dirección, unos autores refieren la expresión⁸⁾ "concepto de dueño" a la posesión que se ejerce como si

se fuese titular del dominio, quedando reservado, el "concepto de tenedor", (por su carácter residual) a albergar a la posesión referida a otros tipos de derechos subjetivos;⁹⁾ otros autores entienden que el "concepto de dueño" debe albergar también a la posesión de los derechos reales limitados; para esta conceptualización, será poseedor en concepto de dueño el que actúa como titular de cualquier derecho susceptible de ser adquirido por usucapión.¹⁰⁾ Desde este punto de vista se ha introducido una modificación terminológica, sustituyendo la expresión "concepto de dueño" por "concepto de titular".¹¹⁾

Se suscita aún una cuestión, sobre si se puede hablar de posesión en "concepto de dueño" cuando nos referimos a la que tiene el titular del derecho. CASTAN ha optado por afirmarlo;¹²⁾ y aunque reconozcamos que se trata tan sólo de una cuestión terminológica, no hay inconveniente en admitir que el titular posee en "concepto de dueño", con tal de que se tenga presente que el Código, cuando emplea esta expresión, se refiere normalmente a la posesión del no titular. (Comp.art.447,1940,451 C.c.).

Tampoco es unánime el criterio de nuestros autores en cuanto al elemento especificador de la posesión en "concepto de dueño": Para unos, los más, es la intención del sujeto,¹³⁾ para otros el reconocimiento del derecho ajeno,¹⁴⁾ por fin, MUCIUS lo cifra en "la convicción de que la cosa poseída ha pasado a su poder (el del poseedor) del de su legítimo causante, por virtud de un justo título".¹⁵⁾ Este último punto de vista parece el menos exacto, por confundir el concepto de dueño, con la buena fe.¹⁶⁾

-91- Alcance del artículo 432

Por la construcción gramatical que utiliza, el artículo 432 es un precepto meramente clasificatorio, que establece una distinción que, repercutiendo muy directamente sobre la posesión "ad usucapionem", supone una cualificación de la misma en orden al efecto de usucapir. La distinción que señala no es, en cambio, necesaria tratándose de efectos que no requieren una especial cualificación posesoria (comp.art.446 C.c.).¹⁷⁾

Su letra indica que "la posesión... puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el dueño, o en el tenedor...", poniendo de manifiesto, muy a las claras, por el uso de la forma disyuntiva, la finalidad clasificatoria.¹⁸⁾

Por el carácter de esta norma no cabe esperar de ella una concreta regulación técnica de la posesión en "concepto de dueño", que habrá de buscarse en otros preceptos y en el sistema. Además el "concepto de dueño" al que se refiere no debe limitarse al requerido en la posesión para usucapir, pudiendo relacionarse con otros tipos posesorios que en este trabajo no estudiamos (ej. posesión para atribuir los frutos). La expresión "concepto de dueño", para que adquiriera un concreto significado jurídico, y no sea sólo una formal contraposición al "concepto de tenedor", debe estar referida a un concreto efecto posesorio. Nosotros la estudiaremos con referencia a la usucapición, prescindiendo de otros efectos.

La distinción alemana entre posesión mediata e inmediata se incorpora a nuestro Derecho, por una buena parte de nuestros autores, apoyada en el texto del artículo 432; mas esta materia no

toca directamente a este trabajo.¹⁹⁾

-92- "Perteneiendo el dominio a otra persona": la posesión en concepto de tenedor

Quizá sea conveniente, para comprender mejor el sentido de la obscura expresión, "perteneiendo el dominio a otra persona", acudir al periodo de su gestación, a través de los antecedentes inmediatos, en la Codificación.

En la Ponencia presentada por SILVELA a la comisión de Codificación estaba este inciso redactado en otra forma, con estos términos: "reconociendo el dominio en otra persona". Del sentido de este texto resulta ser tenedor la persona que ha recibido la cosa de otro, por virtud de un título que no le confiere la posesión en "concepto de dueño", siempre que reconozca el dominio en quien le confió la cosa. No importa tanto que, quien confía el objeto, sea el verdadero dueño, cuanto que el tenedor reconozca el dominio en el mismo. Es más, aunque el poseedor supiera que quien le confió la cosa no es dueño, le bastaría reconocer en él un derecho superior al propio para convertirse en poseedor en "concepto de tenedor". Lo que en verdad hace que se posea en tal concepto es el trato que se da a la persona de quien se recibió la cosa y por ello, puede decirse, que el mantenimiento de la situación se apoya, para SILVELA, en la actitud del propio tenedor. Por los términos empleados, podría también entenderse, que si el poseedor no reconoce en nadie la titularidad, es poseedor en "concepto de dueño".

Esta primera redacción del Ponente, fue criticada en el seno de la Comisión de Codificación.²⁰⁾ Se propusieron casos límite,

en cuya solución se puso a prueba, sin éxito, al texto de SILVELLA: Al basar éste el "concepto de tenedor" en el "reconocimiento" del derecho ajeno por quien posee, podía el tenedor, por consecuencia, hacerse poseedor en "concepto de dueño", tan sólo dejando de reconocer en otro el derecho. ¿No podía significar ello una peligrosa subjetivación del "concepto" posesorio? Por resultado de estas intervenciones se transformó el texto propuesto quedando su redacción en la forma actual: "perteneciendo el dominio a otra persona".

La nueva fórmula tampoco ha sido feliz. Pudiera pensarse que el Código ha querido decir algo muy distinto de lo que, teniendo en cuenta sus antecedentes y sistema, quiere en realidad expresarnos. Para desterrar errores debemos tener presente que la redacción del último inciso del artículo 432 se hizo en vista de las cosas confiadas por el propietario a otro sujeto, que las recibe por razón del título con que se le confían, "en concepto de tenedor" de las mismas. El supuesto de hecho de este artículo requiere que concurren las siguientes circunstancias:

1a.- Que se haya recibido la cosa de otro sujeto, por virtud de un título.

2a.- Que este título no configure en concepto de dueño la situación del poseedor que la recibe.

3a.- Que el tenedor no llegue a intervertir el título que ha cualificado negativamente (concepto de tenedor) su situación, teniendo en cuenta que la interversión exige más requisitos que un simple dejar de reconocer el derecho ajeno.²¹⁾

La expresión legal ("perteneciendo el dominio a otra persona"), adquiere sentido en estas circunstancias; la pervivencia del título que sirvió para configurar, en su comienzo, a la posesión, como posesión en concepto de tenedor, continúa refiriéndola a ese carácter jurídico.

Si es cierto, como parece, que la letra del 432 contempla el supuesto que acabamos de referir, ello no impide que su sentido pueda ir más lejos, albergando los supuestos en que el tenedor ha recibido la cosa de un simple poseedor, no dueño. La posesión así recibida se configurará, en "concepto de tenedor", si hay razones para ello, en el título por el que se recibe (título no traslativo del dominio): Pues no habiendo más alternativa en el "concepto" en que se posee, que el de dueño o el de tenedor, interesa al mismo titular, ajeno a esta relación, que la posesión recibida, por no ser en concepto de dueño, no pueda conducir a la usucapión (concepto de tenedor). Y además porque, con independencia de donde ella provenga, el título cualifica objetivamente el carácter de la posesión. La letra del artículo 432 contempla el supuesto más deseable, que sea el dueño quien confía la cosa al poseedor, pero no excluye otros.

La pertenencia del dominio a otra persona debe referirse a una titularidad, realmente existente en otro sujeto, ni tan siquiera a la creencia del poseedor sobre la de quien le confía la cosa. Pensada esta expresión para el supuesto en que el objeto ha sido confiado por el dueño al tenedor, indica en aquellos en que la titularidad no corresponda al poseedor superior (ej. ladrón que deposita la cosa robada), que con independencia del derecho que tenga el mismo, se ha de considerar al título por el cual se entrega y

recibe la cosa: Si el mismo no es traslativo del dominio, ni de otro derecho real susceptible de ser adquirido por usucapión, configura la posesión del receptor, en "concepto de tenedor": Y si, por el contrario, es de tal naturaleza, configurará esa posesión, en "concepto de dueño".

El efecto que de ello deriva es que el poseedor en "concepto de tenedor" no podrá oponer la usucapión, ni a la persona que, no siendo titular, le confió la cosa, ni al titular que no se la confió; porque el título por el que ha recibido la cosa pregona objetivamente la falta de titularidad e incluso de la condición de usucapiente.

Aclaremos las ideas expuestas con un ejemplo tomado de la jurisprudencia. A, entrega al pintor Z, un cuadro que salió de sus pinceles, para que se lo restaure. Z, y sus herederos lo conservan bastantes años, y pensemos incluso que actúan respecto a él, como si fuesen dueños. Cuando el cuadro es reclamado por los causahabientes de A, los de Z, oponen la usucapión, y el Tribunal Supremo advirtió, con acierto, en el litigio que suscitó la cuestión, que "si el Sr. Z, y sus herederos recibieron el cuadro litigioso con la sola finalidad de que procedieran a su restauración, no podrían sostener que le poseían animus domini y por tanto esa posesión no podría aprovecharles para adquirir su dominio, mientras no la cambiaran con actos auténticos, públicos y solemnes a los cuales prestara aquiescencia su verdadero dueño"²²⁾ (S.12 diciembre 1966).

-93- Contenido de la expresión "posesión en concepto de dueño"

No debe restringirse el significado de la misma a la posesión que se ejerce con referencia al derecho de propiedad, aunque no falten autores que lo afirmen:²³⁾ El dominio en el artículo 432, indica la idea de titularidad.²⁴⁾ La prudencia ha aconsejado de siempre a los juristas hacer sus construcciones sobre el paradigma del derecho de propiedad. Desde el Derecho romano todo el desarrollo teórico de la posesión, se ha venido haciendo con base en el dominio, y la extensión a otros derechos, obligó a hablar de quasi-possessio.²⁵⁾ El Código Civil sigue este mismo proceder en lo relativo a la terminología de la posesión en concepto de dueño.

Empleada la palabra dueño, equiparada a titular,²⁶⁾ puede referirse la usucapión (que exige posesión en "concepto de dueño", art.1941) a los derechos reales diferentes del dominio (art.1940 y 1930 C.c.).²⁷⁾ El artículo 447 que emplea la expresión en el sentido restringido de titular de la propiedad, sólo pone de manifiesto la coincidencia entre el derecho a que se refiere la posesión y el adquirido por la usucapión ("tantum praescriptum quantum possessum"); pero no es óbice a la usucapión de otros derechos distintos del dominio.²⁸⁾

-94- Significado jurídico de la expresión "concepto de dueño"

Aunque sobre ello insistamos más adelante, conviene desde ahora dejar sentado, que el concepto de dueño se relaciona con el animus o intención del sujeto, y no tiene entronque directo con la buena o mala fe del poseedor, a pesar de que otra cosa hayan entendido algunos autores.

Nuestra jurisprudencia, que ordinariamente sigue el recto criterio, confunde el concepto de dueño con la buena fe en la sentencia de 12 noviembre, 1956, al sostener que no son poseedores a título de dueño los ocupantes de un bien inmueble abandonado "prevénidos de antemano por el Notario... de la posibilidad de que el Estado vindicara la finca". Esta afirmación, incorrecta, no llevó sin embargo a resultados antijurídicos, por tratarse de usucapión ordinaria, en la que en todo caso es exigible la buena fe (art. 1940 C.c.).

En el Código Civil queda clara la delimitación entre el concepto de dueño y la Buena fe: intención (art.430), no es lo mismo que creencia (art.1950) o ignorancia del vicio invalidante (art. 433). Además la usucapión extraordinaria, que exige que la posesión sea en concepto de dueño, no requiere, en cambio, que medie buena fe (art.1959); y en la ordinaria, la buena fe se impone como requisito distinto de la posesión (art.1940 y 1941 C.c.).

Caracterizado así el concepto de dueño, estudiaremos más adelante las normas que lo fijan.

III.- REFERENCIA DE LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO A LA POSESION CIVIL

-95- Antecedentes históricos

La posesión civil ha tenido un significado diferente en cada época y, a veces, incluso en cada autor. Por eso un análisis histórico de sus significaciones excede, en mucho, al propósito de este trabajo, en cuanto que además sus resultados serían, probablemente, de escasa utilidad. Pese a ello, será conveniente hacer una ligera referencia a las principales opiniones y directrices que históricamente se han sostenido en la materia.

-96- A) Derecho romano

Este ordenamiento ligó la posesión civil a la possessio ad usucapionem. En él conviene retener tres conceptos: possessio iusta; possessio ex iusta causa; possessio civilis.

1.- En los primeros tiempos se entendió que la "possessio iusta" (conforme a ius) era la exenta de vicios y que servía para obtener la usucapción de la cosa. El Derecho clásico vino a exigir para la usucapción, junto a una posesión nec vi, nec clam, nec precario (ausente de vicios) que ésta se tenga por una justa causa y con buena fe. Así este Derecho entendió por possessio iusta, aquella que se tiene sin vicios, con justa causa y buena fe. En el Derecho justinianeo "la possessio iusta, la detentio iusta es la possessio o la detentio, que tiene un justo título, una iusta causa."²⁹⁾ Incluso se aplica a posesiones, como la resultante del precario, o de la pren

da, que no conducen a la usucapión; la iusta causa, reside en estos casos en el contrato de precario o en el de prenda.³⁰⁾

2.- La possessio ex iusta causa es en el Derecho clásico un "elemento integrante" de la possessio iusta, que se emplea para designar a la que tiene justo título y es idónea para la usucapión. En cambio, con Justiniano, se equipara a la possessio iusta y designa como ella, la basada en un título, aunque éste no permita la usucapión (ej. prenda, precario).³¹⁾

3.- La possessio civilis es en el Derecho clásico, una possessio cualificada, ex iusta causa y por tanto ad usucapionem. Junto a ella se encuentra la possessio naturalis, o simple detentación y la llamada possessio, sin más, denominada escolásticamente possessio ad interdicta.

Con Justiniano la distinción tricotómica de la época clásica, se transforma en otra bicotómica: possessio naturalis, possessio civilis. La possessio naturalis comprende la detentio y la possessio (ad interdicta). La possessio civilis se refiere a la posesión cualificada y apta para la usucapión.³²⁾

-97- B) Evolución posterior

Los Glosadores no coincidieron en la interpretación de la posesión civil. Para AZON la posesión civil es una possessio naturalis que goza del reconocimiento del ordenamiento ("... et haec eadem possessio naturalis et civilis dici potest approbatione iuris civilis...")³³⁾ PLACENTINO, siguiendo otra interpretación, entiende que

la possessio naturalis es la que se tiene para otro, lo que le lleva a sostener que no es verdadera posesión.³⁴⁾ Una posición semejante a la que más tarde sostendrán nuestras Partidas se encuentra en ALBERICO, quien aplica el calificativo de civil a la posesión mantenida sin estar en el fundo: "quod estatim qui exit de fundo amittit possessionem naturalem, post exitum habet civilèm, si reintrat habet naturalem".³⁵⁾

Siguiendo la opinión de AZON, considera LLAMAS MOLINA que la posesión civil es la justa y fundada en derecho.³⁶⁾ Para Antonio GOMEZ, en cambio, "civilis possessio est ista quae causat praescriptionem", agregando, "absens retinet possessionem civilem in animo".³⁷⁾ Notemos cómo este autor armoniza su pensamiento con el significado de la posesión civil en las Partidas. SAVIGNY aplicará el calificativo, "civil", a la possessio ad usucapionem,³⁸⁾ y POTHIER lo emplea para designar a la que es con justo título y buena fe.³⁹⁾

Nuestras Partidas conceptuaron a la posesión civil como aquella que se tiene sólo con la voluntad, estando el poseedor fuera del bien inmueble poseído.⁴⁰⁾ En esto parecen seguir la dirección de ALBERICO. La autoridad de estas Leyes fué grande entre nosotros: Todavía SALA sigue su misma línea⁴¹⁾ y los que en la segunda mitad del siglo XIX fueron separándose de ellas, suelen, no obstante, hacer alguna referencia a la conservación de la posesión "solo animo".

-98- Antecedentes inmediatos del Código Civil

GOMEZ DE LA SERNA exigía en la usucapión tres requisitos independientes: buena fe, justo título y posesión continuada. Respecto a ésta advierte "que ha de ser civil, esto es en concepto de dueño,

continua, pacífica y sin interrupción natural ni civil".⁴²⁾ Su punto de vista, como podemos comprobar, está muy próximo al del Código civil. La posesión se cualifica en sí misma (en concepto de dueño, continua, pacífica, sin interrupción), con independencia de la existencia o inexistencia de buena fe y justo título. Mas la definición de la posesión ad usucapionem, que con agudeza supo hacer este autor, choca con el parecer de otros ilustres tratadistas de la época que no la aislaron de los otros elementos de la usucapión.⁴³⁾ El propio GOMEZ DE LA SERNA no fué del todo consecuente con su idea a lo largo de su obra: en otro lugar al estudiar la posesión civil la define como "la ocupación material de la cosa por el que se crea su señor en virtud de un justo título" ("tenencia derecha" de las Partidas) sin distinguir, en esta ocasión, la posesión del justo título y buena fe.⁴⁴⁾

Ni el Proyecto de 1851 (art.425) ni el de 1882 recogen la distinción posesión natural, civil, estando redactado en los siguientes términos el primer artículo dedicado a la materia posesoria del Proyecto de 1882. "La posesión es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona" (art.435).⁴⁵⁾ A esta definición, que el Código refiere exclusivamente a la posesión natural, añadió la de la posesión civil, sin duda por el arraigo que tuvo entre nosotros; para ello sólo fue necesario introducir una pequeña variante, agregando la "intención". (art.430 C.c.).

-99- Conexión en el Código Civil entre la posesión civil y la posesión en concepto de dueño.

El artículo 430 que define la posesión civil en función de la

natural, como "esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos", no indica directamente la relación entre posesión civil y posesión en concepto de dueño. En el resto del articulado del Código tampoco se utiliza de nuevo la expresión posesión civil.⁴⁶⁾ Pese a ello nuestra doctrina entiende generalmente (y está en lo cierto a la vista de los antecedentes ex puestos), que ambas categorías posesorias son equiparables.⁴⁷⁾ Ger tos autores, en contra de la corriente general han referido la posesión civil a la de buena fe,⁴⁸⁾ y así lo ha afirmado el propio Tribunal Supremo en alguna ocasión. (S. 8 abril, 1926).⁴⁹⁾

Parece fuera de dudas que la posesión civil está en contacto con la usucapión: Es la que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño (art. 447, 1941 C.c.). Sobre este punto de partida nos aden traremos en el análisis de la posesión en concepto de dueño, dentro de la usucapión, y en el desenvolvimiento del mismo se hará, in cluso, más diáfana la exactitud del punto de partida adoptado.

-100- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha sabido destacar la conexión que existe entre posesión civil y posesión en concepto de dueño. La sentencia de 21 de abril de 1965, exige incluso en la usucapión extraordinaria, que la posesión sea civil (tenencia con intención de haber la cosa o derecho como suyo). En este caso, en lugar de referirse el Tribunal Supremo al "concepto de dueño", nota obligada de toda posesión apta para usucapir, alude a la posesión civil, probando así que equipara a ambas en su significado.

Más clara aparece esta misma idea en la sentencia de 3 de octubre de 1962. Frente a la acción reivindicatoria, se opuso sin éxito la prescripción adquisitiva, que en particular el Tribunal Supremo dejó de admitir por faltar a la posesión el requisito de ser en concepto de dueño. En esta ocasión definió este Tribunal a la posesión civil como "tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño".

La sentencia de 9 de febrero de 1965 ha definido el concepto de dueño empleando las mismas palabras que utiliza el Código al referirse a la posesión civil: "tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya".

IV

LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO Y LA USUCAPION-101- Terminología

El Código Civil francés empleó la expresión "a titre de propriétaire" con significado parecido al que otorga el nuestro a su equivalente posesión "en concepto de dueño". El Proyecto de 1851, encontró en este punto, como en tantos otros, inspiración en el modelo francés,⁵⁰⁾ modificando la expresión francesa "a título de" por una equivalente, "en concepto de". Excepcionalmente en su artículo 1948, referido a la interversión, empleaba la terminología francesa ("a menos que se haya cambiado el título de posesión"). El Código civil se afianza más en el uso de la nueva expresión, utilizándola con exclusividad (arts. 432, 436, 447, 448, 463, 1941 C.c.). Este cambio terminológico lo advierte MUCIUS, comentándolo en estos términos: "Muy amplio es la cabida de la voz concepto, pero recordando el abolengo del artículo, su genealogía observamos que la locución au même titre se trocó al pasar al Proyecto de 1851 en esta otra: en el mismo concepto".⁵¹⁾

La Ley Hipotecaria de 1861, hace uso de estas mismas palabras, (concepto de dueño) en su Exposición de motivos, con el valor de cualidad de la posesión, independiente del título (justo título) y de la buena fe.⁵²⁾

GARCIA GOYENA en sus Concordancias pone de manifiesto lo estrechamente ligados que ya entonces se consideraban, el concepto posesorio y el título por virtud del cual se adquiere la posesión: poseer en concepto de propietario, entiende este autor, es poseer "a virtud de un título hábil para transferir la propiedad".⁵³⁾

El Tribunal Supremo que emplea normalmente el tecnicismo "concepto de dueño" ha utilizado en alguna ocasión con el mismo sentido, su equivalente, de sabor francés, "a título de dueño" (sentencias 23 octubre, 1903; 22 febrero, 1936; 8 marzo, 1956).

En este trabajo utilizaremos la expresión "en concepto de dueño", por ser la que emplea el Código y estar más difundida en nuestro Derecho.

-102- Voluntad de haber la cosa como suya y posesión en concepto de dueño.

La intención de haber la cosa (o derecho) como suyos (art. 430) es el elemento subjetivo de la possessio ad usucapionem, también de dominado animus. El animus implica conjuntamente, la intención de retener la cosa, también presente en la posesión natural (animus detinendi)⁵⁴⁾ y la intención de tenerla como si se fuera titular del derecho que se va a adquirir por la usucapión.⁵⁵⁾

La voluntad tiene pues una extraordinaria importancia en la possessio ad usucapionem: No sólo refiere la situación posesoria a un sujeto, sino que presta a la misma una especial dimensión jurídica, en conexión con el título adquisitivo, que la relaciona con la titularidad de algún derecho subjetivo usucapible (concepto de dueño). Mas por su relevancia sobre el mecanismo de adquisición de los

derechos en la usucapión, la voluntad individual (psicológica) es objeto de retoques jurídicos impuestos por la seguridad del tráfico: nos referimos al doble fenómeno de la tipificación y objetivación de la voluntad. La expresión "concepto de dueño" designa al animus que se toma en cuenta por el Derecho, tras esta doble corrección, referido a un tipo de derecho usucapible (tipificación) y fijado en su desenvolvimiento con arreglo a unas pautas que establece objetivamente el Derecho (objetivación).

-103- A.- La tipificación del animus en el concepto de dueño

El Derecho romano conoció la tipificación del animus, según nos informa Biondo BIONDI, pero su alcance es algo diferente del que tiene en nuestro Derecho actual. El animus, según este autor, se requería en abstracto, por categorías objetivas de relaciones y no para cada concreto poseedor: Es en el fondo la Ley la que establece qué tipo de relaciones llevan consigo posesión y cuales detentación: Existen causae detinendi y causae possessionis, tomando en consideración el diverso animus que generalmente interviene en cada una de ellas; por tanto no sólo el propietario, también el ladrón, el precarista, el acreedor pignoraticio son poseedores, en tanto que el depositario, el comodatario, el arrendatario, son detentadores.⁵⁶⁾ La tipificación romana está referida a las causae detinendi y causae possessionis, pero no al ánimus requerido para la usucapión de cada concreto derecho.

Tampoco guarda relación con la tipificación que vamos a exponer, la enumeración taxativa de títulos que se hacía, dentro de la noción de iustae causae, en la usucapio romana, porque éstos (pro..)

lo que designan es una relación con el anterior poseedor que significa la ausencia de lesión a otro sujeto en la toma de posesión.⁵⁷⁾ Las iustae causae están más vinculadas con el justo título de nuestra usucapión ordinaria (art.1952), que con la tipificación de la posesión en concepto de dueño.

Modernamente se produce la tipificación, en un primer término, al circunscribir el Ordenamiento a ciertos tipos de derechos, la posibilidad de ser usucapidos (art.609,II y III; 1930;1940); en un segundo término, al cual vamos a referirnos a continuación, la tipificación denota la que experimenta el animus al amoldarse, en la usucapión, a cada tipo concreto de derecho usucapible.

El animus que define nuestro artículo 430 es un animus genérico referido a cualquier derecho que pueda adquirirse por usucapión, que carece por tanto de concreción; por eso es preciso relacionar este artículo con otros que en ^{el} Código fijan los tipos de derechos usucapibles, como el 609, 1930 y 1940: Estos preceptos aluden en concreto al dominio y genéricamente, a los restantes tipos de derechos.⁵⁸⁾ Al referirse a cada uno de estos concretos derechos, se tipifica el animus que tiene el poseedor en vías de usucapir, haciéndose posible hablar de un "animus^{de} dueño" o de un "animus de ser titular" de alguno de los demás derechos reales usucapibles (ej. de usufructuario; de titular de una servidumbre, o de un subforo, en la sentencia de 22 de febrero, 1936).

La expresión "concepto de dueño" debe sustituirse para mayor precisión técnica por la de "concepto de titular"⁵⁹⁾ del derecho de que se trate. Nosotros, hecha esta advertencia, emplearemos una

y otra sin distinción, prefiriendo incluso la que emplea el Código ("concepto de dueño").

-104- Significado de la autonomía de la voluntad en relación con la tipicidad del animus en la posesión ad usucapionem

No es materia reservada a la autonomía de la voluntad fijar qué tipos de derechos reales son susceptibles de ser adquiridos por la usucapión. La expresión demás derechos reales que emplea el artículo 1930, no es una cláusula residual de contenido indeterminado; por el contrario alude a una lista taxativa de derechos, cuya fijación con arreglo al criterio de la ley (incluso tácito) es toda una tarea para el intérprete, de la cual hemos de desentendernos por ser marginal a este trabajo: La voluntad individual deberá amoldarse a uno de estos tipos.

Admitiendo un número taxativo de derechos usucapibles, una nueva cuestión se plantea, con referencia al contenido de los mismos.⁶⁰⁾ La tipificación de éstos está desigualmente lograda: en el dominio, aunque por virtud de su elasticidad se pueda adquirir con restricciones,⁶¹⁾ podemos entender que existe un contenido constante que tipifica la Ley. En otros derechos no sucede así, y su contenido se ofrece diferente en cada caso, como resultado del abandono que se hace a la autonomía de la voluntad; respecto a ellos y en cierto modo respecto al dominio limitado (teniendo presente su elasticidad) es preciso considerar el viejo aforismo tantum praescriptum quantum possessum, que se trasluce en el Código en cuanto a las servidumbres: "El título y en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio domi-

nante y las obligaciones del sirviente" (art. 598 C.c.; cfr. art. 470 C.c.).

-105- B.- Objetivación del animus y concepto de dueño

El Derecho romano, a propósito de la mutación de la detentación en posesión desconoció relevancia a la voluntad del sujeto poseedor lo que cristalizó en una frase del Digesto convertida en el aforismo por su uso posterior: "Neminem sibi ipsum causam possessionis mutare potest" (D. 41, 2, 3, 19). BIONDI juzga necesario a este propósito, que el cambio se origine en la causa possessionis.⁶²⁾

Dentro y fuera de nuestras fronteras jurídicas se ha señalado modernamente la dependencia del animus respecto a la causa de la posesión,⁶³⁾ relación de dependencia que se expresa en la configuración objetiva del animus, en la posesión ad usucapionem, según la pauta del título que haya sido causa de la adquisición de la posesión. Por ello le cuadra el calificativo de animus objetivado, que es al que se hace referencia a través de la designación técnica "concepto de dueño".

A continuación estudiaremos esta dimensión objetiva de la voluntad posesoria dentro de nuestro sistema jurídico.

-106- La configuración objetiva de la voluntad en la posesión ad usucapionem

En el desenvolvimiento de la posesión se deben distinguir dos momentos, el de adquisición y el de disfrute. A ello alude el artículo 447 al decir que "sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el

dominio". La forma de producirse la objetivación es distinta en cada una de estas dos fases, por ello nos referiremos a ambas por separado.

-107- 1.- El concepto en que se adquiere la posesión: su objetivación en el título

El título de atribución de la posesión configura el concepto bajo el cual la misma se adquiere (art.438). La causa de la adquisición de la posesión, elemento necesario en la transmisión de la misma (art.460,2º;1895) es a la vez, su "principio" configurador, por lo cual puede referirse siempre el concepto en que se tiene la posesión al derecho que se pretendió transmitir por el título. En el comienzo de la posesión, la voluntad no actúa directamente, sino a través de los moldes objetivos que le presta el Derecho. La intervención requiere un cierto periodo de posesión porque es imposible que se produzca en el momento adquisitivo.

-108- El título de atribución en la posesión ad usucapionem

El título de atribución de la posesión es la razón jurídica por la cual poseemos; consiste en alguno de los medios que reconoce el Derecho para adquirir la posesión (art.438). Es distinto del justo título propio de la usucapion ordinaria (art.1952), diferenciándose del mismo en que no exige especial cualificación jurídica: "Separata est causa possessionis et usucapionem" (D. 41,4, 2,1).

Siguiendo la clasificación del Código, distinguiremos dos grupos en los títulos reconocidos para atribuir la posesión: ocupación (originario) y formalidades encaminadas a tal efecto (derivativo).

-109- a) Ocupación

La ocupación es un título originario, que tiene lugar no sólo en los casos de toma de la cosa por el propio poseedor, al margen de la posesión precedente, sino en aquellos otros, en que mediante entrega de la cosa, la ausencia de título impide al accipiens gozar de las ventajas de la posesión del tradens, como es efecto propio de las adquisiciones de posesión derivativos (art. 460, 2º y 1960, 1º C.c.).

-110- aa) Ocupación del objeto (propia)

El adquirente de la posesión mediante ocupación poseerá en concepto de dueño el derecho que, desde el primer momento, haya exteriorizado (ocupación como dueño, como usufructuario, para retener la cosa en prenda). En esta forma adquisitiva, de posible empleo en la posesión, la configuración del concepto en que se posee queda relegada a la voluntad del sujeto. Mas como ello podría significar una subjetivación improcedente, se da especial relieve al carácter público y no viciado de la posesión, (art. 1941, 441, 444, 1956).⁶⁴⁾

El concepto de dueño, en conclusión, lo fija la voluntad individual convenientemente manifestada.

-111- bb) Entrega que no va precedida de justa causa (ocupación impropia)

Como todo acto de entrega, en un ordenamiento causalista como el nuestro, ha de ir precedido de un título, oneroso o gratuito (art. 460,2º), cuando no se realice esta exigencia, no puede hablarse con propiedad de verdadera cesión de posesión, sino de adquisición a virtud de ocupación justificada. A este tipo de ocupación denominamos impropia. Nos encontramos ejemplos de la misma en la simulación absoluta, el título nulo por contrario a la ley (ej. donación entre conyuges) o por falta de forma (ej. en las donaciones de inmuebles, art.633) título putativo (ej. pago hecho y aceptado por error).

En los supuestos a que nos estamos refiriendo la entrega es querida, (art.441) y se hace en atención a una apariencia negocial precedente. Esta apariencia de negocio en que cristaliza la voluntad posesoria, será elemento a tener en cuenta para la fijación objetiva del concepto en que se inicia la posesión, aunque propiamente, no haya habido transmisión de la misma (comp. art.1960,1º).

-112- b) Formalidades para adquirir la posesión

En la configuración del concepto posesorio mediante un título de adquisición derivativo, el papel de la voluntad individual del poseedor está más restringido que en la ocupación. El elemento especificador del concepto en que se posee, aunque integrado por la voluntad de las partes, es de carácter objetivo (negocio o título). A continuación nos referiremos a los supuestos de adquisición derivativa de la posesión.

-113- aa) Cesión de posesión o entrega

Debe ir precedida siempre de un negocio causal (art. 460, 2º y 609, C.c.) que dé color al acto de la entrega.⁶⁵⁾ Aunque la cesión de posesión no produzca la atribución del derecho subjetivo (por ausencia o vicios de la causa) conferirá al menos la tenencia de la cosa; la especificación de esta tenencia no dependerá directamente de la apariencia comercial que le precede, porque tampoco puede ser causa de la posesión adquirida. Se trata pues de un caso más de ocupación impropia (ocupación justificada), en el cual la apariencia de título sólo juega un papel indirecto, valorada a través del comportamiento del poseedor. Es forzoso que éste compense con sus actos la deficiencia del título, pero tales actos se valorarán en principio conforme a la apariencia comercial que les haya precedido, pues si es cierto que el título no tiene eficacia jurídica para transmitir, también lo es que tiene valor jurídico para justificar frente al anterior poseedor, la ocupación posesoria. Los actos del nuevo tenedor de la cosa que traspasan los moldes del pseudonegocio constituirán un acto de despojo (art. 441 C.c.).

Hay que entender que, en el momento de recibir la cosa, el animus que ha cristalizado en el contrato (como voluntad encaminada a la adquisición de un tipo de derecho), coincide con el que tiene el accipiens que comienza a ejercitar la posesión recibida. De ahí que la posesión comience a tenerse en "concepto de titular" del mismo derecho que las partes se propusieron transmitir por el contrato. No parece correcta otra forma de pensar si se tiene en

cuenta el carácter causal de la entrega (art.460, 2º; 609) y la consideración que ésta merece como acto debido, que forma una unidad con el contrato que la antecede.⁶⁶⁾

-114- bb) Adquisición por el heredero de la posesión civilísima

En este caso la voluntad del poseedor (heredero), no tiene relevancia para configurar subjetivamente a su posesión. Ni tampoco podrá intervertir el concepto de la misma, en tanto no tome materialmente los bienes a que se refiere.

Con la aceptación de la herencia adquiere la misma posesión del causante (art.440) y en el mismo concepto en que éste la tuvo, aunque la mala fe de su antecesor no le perjudique (art. 442, C.c.). Debido a esta continuidad es necesario remitirse al título del causante para precisar el concepto en que el heredero tiene la posesión.⁶⁷⁾

-115- cc) Formas procesales de adquirir la posesión

Se producen como consecuencia de actuaciones procesales. Consideraremos dos: el interdicto de adquirir y la ejecución satisfactiva.

aaa) Interdicto de adquirir

Si es el verdadero heredero quien interpone el interdicto de adquirir, la posesión que se le conceda a través del mismo, será continuación de la que este sujeto ya tenía en calidad de poseedor civilísimo. Por consiguiente la configuración del concepto en que se adquiere esta posesión está marcada desde el título por virtud

del cual adquirió la cosa el causante y precedente poseedor.

Si se trata de un heredero putativo, caso de reconocerle derecho a la posesión por tal procedimiento, ésta será adquirida materialmente desde la atribución procesal de la posesión de hecho. Como el heredero putativo no tiene el carácter de poseedor civilísimo no adquiere la posesión del causante, sino la que se le confiere en latencia.

Por fin, si apareciere un reclamante de mejor derecho (art. 1646 L.E.C.), el cual, ni es titular ni puede llegar a serlo por la entrega procesal, adquiere con tal atribución la posesión ad usucapionem, configurada con arreglo al título en el que fundó procesalmente su mejor derecho.

-116- bbb) Ejecución satisfactiva

Si ésta no tuviere más alcance que el de atribuir la posesión (ad usucapionem), quedará especificada la que confiera, según el título de ejecución, en el que, directa o indirectamente, habrá elementos para fijar el concepto en que se adquiere la posesión.

-117- 2.- Presunción de continuidad en el concepto en que se adquirió la posesión

"Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario" (art. 436, C.c.).

Una vez adquirida la posesión en un determinado concepto (de titular, de tenedor), puede producirse un cambio en el animus del sujeto (por ejemplo el que adquirió como usufructuario o arrendatario quiere poseer en concepto de titular del dominio); tal mutación de la voluntad es de efectos limitados: porque se presume la continuidad del concepto en que se adquirió la posesión, y porque además no basta un cambio psicológico para que se intervierta el elemento subjetivo de la posesión. Si todo cambio de voluntad lleva consigo la interversión del concepto posesorio, se pondría en peligro la seguridad del tráfico jurídico; por esto, el concepto de dueño adquiere dimensiones objetivas en su desenvolvimiento, lo que puede expresarse en el principio de continuidad en el siglo jurídico en que se adquirió la posesión. El mismo indica una referencia al momento inicial, lo que indirectamente supone conectar al título la posesión actual: El título configura toda la vida de la posesión.

Mas el artículo 436, en el que con mayor fuerza se expresa el principio de continuidad en la dimensión referida, no llega a ligar totalmente la suerte de la posesión al título que originalmente la configuró: La posesión como estado de hecho puede sufrir mutaciones, pero frente a la presunción establecida se ha de demostrar la interversión (comp.art.436 C.c.).

-118- Interversión del concepto posesorio: concepto y clases

Consiste ésta en un cambio del concepto en que se posee, por efecto de una mutación del animus, adecuadamente exteriorizada,

de quien ya tenía la cosa por algún otro concepto. La interversión incide, desde el animus del poseedor, en el concepto jurídico en que se tiene la cosa: Es una forma de transformarse la posesión ad usucapionem.

Podemos clasificar a la interversión en tres formas: bilateral, unilateral e impuesta.

La interversión bilateral se produce por virtud de un nuevo título o negocio sustitutivo del que le precede bajo cuya eficacia se origina el cambio del concepto en que se tenía la posesión de la cosa. El poseedor ha de intervenir, como parte, en la formación del nuevo título y del otro lado el titular (poseedor superior o no poseedor), o un no titular (poseedor superior o no poseedor).

La interversión unilateral proviene de una oposición del poseedor, por lo que se ha denominado contradictio.

La interversión que denominamos impuesta es el resultado de una sentencia, que al cambiar el concepto de la posesión interumpe la usucapión.

-119- a) Interversión por mutación del título (bilateral)

Cuando el cambio de título implica una ampliación del concepto en que se disfrutaba de la cosa, se relaciona con la entrega brevi manu. Cuando, por el contrario, significa una restricción del mismo, estamos en presencia del constituto posesorio. De ambas figuras hablaremos a propósito de la adquisición de la posesión.

La mutación que proviene del titular es siempre lícita y produce la interversión, aunque el titular no fuese poseedor mediato.⁶⁸⁾ Si tal acto no transmitiera el dominio, ¿aprovecharía al poseedor la posesión que ha disfrutado anteriormente para otro sujeto? la respuesta debe ser negativa, pues el cambio en el título de la posesión no ha provenido del anterior poseedor mediato, el único que podía transmitir los efectos de la posesión, ejercida en su nombre.

La interversión que proviene del poseedor mediato no titular, es una emptio possessionis ad usucapionem por la cual aprovecha al adquirente el tiempo de posesión del transmitente; aunque ésta no haya sido por su mediación.⁶⁹⁾

Si la interversión proviene de un no titular y no poseedor, que se hace pasar por dueño de la cosa, los efectos de la misma, en relación con la usucapión, comenzarán transcurrido un año desde la fecha en que pudo originarse la interversión (art.460,4º); y si hubo delito en el adquirente (complicidad), cuando éste prescriba (art.1956 C.c.). La buena fe del poseedor, suficiente para que no se considere delictiva su situación posesoria, no es bastante para proporcionarle inmediatamente la posesión ad usucapionem, sin el transcurso de un año (art.460,4º y 1944).

Puede provenir también la mutación, de un órgano estatal.⁷⁰⁾ Así en la sentencia de 8 diciembre,1956, el que poseía a título de administrador judicial, aprobado el remate a su favor, transformó su posesión, en concepto de dueño.

-120- b) Intervención por sentencia

La sentencia es también un título que provoca cambios en el concepto en que se tiene la posesión. El estudio de esta causa de intervención se hace en el capítulo dedicado a la interrupción (civil) de la posesión.

-121- c) Intervención unilateral

La intervención unilateral es contraria al Derecho, porque supone un acto antijurídico de características similares al despojo. Podemos calificarla de despojo impropio.

Desde los tiempos del Derecho romano se considera prohibida (neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse, D.41,2,3, 19).⁷¹⁾ BIONDI ha afirmado a este respecto, que la mutación de la detentación en posesión no puede producirse por la voluntad de poseer la cosa como propia; es necesario que se cambie la causa possessionis.⁷²⁾

En el Derecho español debe admitirse la posibilidad de intervertir la posesión, como demuestran el art. 436, que deja abierta la vía de la prueba en contrario, y el propio 460,4º. En el plano conceptual lo impone el carácter fáctico de la posesión (art.430).

Quedan no obstante huellas de la repulsa que siempre ha merecido este cambio que contraría la voluntad del poseedor superior, en el artículo 463; por otra parte se añaden particulares exigencias de publicidad (art.444 y 1941), así como la carga de la prueba (art.436).

Podría pensarse que el artículo 463 impide que el cambio de actitud del poseedor inmediato le permita invadir la esfera del poseedor superior, lo cual equivaldría a hacer imposible esta forma de interversión. Esta interpretación se ha mitigado por la doctrina, la cual precisa el carácter de este precepto,⁷³⁾ armonizando su significación con el resto de los que fijan el sistema de la posesión;⁷⁴⁾ como resultado se reconoce la posibilidad de intervertir el título por oposición al anterior poseedor mediano, aunque esta consecuencia no resulte directamente establecida en el artículo 436.⁷⁵⁾

-122- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Nuestra jurisprudencia, que reitera insistentemente la continuidad de la posesión bajo el mismo concepto en que se adquirió, admite como límite a este principio la interversión de la misma. En la sentencia de 13 diciembre, 1957, los enfiteutas dejaron de pagar el canon y comenzaron a poseer pública y pacíficamente, en concepto de dueño durante más de treinta años. Los dueños a su vez hicieron dejación del facto, de su derecho, aunque no de iure, pues se produjeron sucesivas transmisiones. La pretensión de los antiguos enfiteutas, que se basaba en la usucapión fue admitida por el Tribunal Supremo, por razón de la interversión producida.

En sentencia de 28 febrero, 1957 afirmó que la posesión en precario no aprovecha para la prescripción "a menos que se le ponga un acto contrario o autónomo por parte del poseedor inmediato,

incompatible con la precariedad inicial". También entre las afirmaciones de la sentencia de 12 diciembre, 1966 se hace la de que harían falta actos auténticos, públicos y solemnes, a los cuales prestara equiescencia su verdadero dueño; parece excesiva en este caso la necesidad de tal equiescencia porque la interversión se produce al margen de la misma.

También se admitió en la sentencia 23 octubre, 1903 la mutación de la posesión precaria. En el caso, T. transmitió a Z. un inmueble que continuó aquél habitando en compañía de su hijo T' y la familia de éste. Muerto T., su sucesor T' poseyó el mencionado inmueble durante más de dos años "como mejor le pareció sin contar para nada con el consentimiento y voluntad de Z." (afirmaciones de Z.), por lo cual Z. interpuso desahucio por precario que no prosperó ni en las instancias ni en casación. El Tribunal Supremo entendió que "la posesión en todo caso de pierde aún contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiera durado más de un año".

-123- Requisitos de la interversión a efectos de la usucapión

Los requisitos son los que vamos a enumerar a continuación:

1.- Cambio de voluntad (animus) acompañado de una extensión en los aprovechamientos posesorios que suponga el ejercicio de hecho del derecho que se desea poseer (corpus). El corpus no puede transformarse aquí a través de la ocupación material o de la sumisión de la cosa a la acción de la voluntad (art.438) porque la cosa ya estaba en poder del poseedor a efectos más limitados. Presuponiendo

la tenencia de la cosa, el corpus se amplía, mediante invasión en los aprovechamientos propios de la posesión superior.

A este primer requisito, posesión de hecho y voluntad intervertiente se añaden otros que son como restricciones a la eficacia de la situación posesoria unilateralmente creada. Como la posesión que sucede a la mutación debe ser idonea para usucapir, requiere que la acompañen las notas de publicidad y carácter pacífico (art.1941 C.c.). Por ello no parece aplicable a nuestro Derecho por insuficiente (falta de publicidad general, comp.art.1941 y 444 C.c. y falta de comportamiento posesorio (comp.art.430 y 1941 C.c.)), la teoría que contempla en la interversión unilateral una simple manifestación de voluntad, dirigida al poseedor superior, en la que se expresa el animus de ejercitar la posesión pro suo.⁷⁶⁾

- 124- 2.- Publicidad: no basta que se produzca el cambio en la voluntad del poseedor; es preciso además que tal cambio se manifieste en un doble sentido: como un comportamiento no clandestino respecto a la cosa correspondiente al contenido de facultades del tipo de derecho que se quiere poseer (art.444 y 1941) y una manifestación de la nueva situación posesoria dirigida al poseedor superior, sea o no titular, y a la comunidad en general.⁷⁷⁾ Ambos requisitos son necesarios, debiendo hacerse incapié en su apreciación por cuanto sirven para deshacer la fuerza jurídica del título bilateralmente creado. No es en cambio preciso el consentimiento del sujeto a quien se dirige la manifestación de interversión, pues en otro caso se trataría de un cambio en el título.⁷⁸⁾

-125- 3.- Subsanación del vicio

Aunque no medie violencia material en la interversión unilateral, es un atentado contra la posesión por faltar la voluntad del anterior poseedor. La subsanación de este vicio requiere el transcurso de un año, durante el cual conserva el despojado la posesión que tuviese antes del mismo (art. 460, 4º). Y puede continuar usucapiendo si antes estaba en esta situación, gracias a la tenencia para él disfrutada por el poseedor inmediato⁷⁹⁾ (sentencia 23 octubre 1903). Además si el comportamiento del nuevo poseedor (intervertiente) hubiese sido delictivo se estará a lo establecido en el artículo 1956.

-126- 4.- Prueba de la interversión

Es éste un requisito de eficacia, necesario porque el ordenamiento no la presume (art. 436 C.c.); podrá hacerse por cualquier persona que tenga interés legítimo en alegarla (ej. herederos, quien compra del intervertiente).

-127- Efectos respecto a la usucapión

La usucapión comenzará a partir de un año de haberse producido la interversión. El concepto posesorio de la usucapión que en ese momento se inicia estará fijado por la voluntad unilateral del intervertiente, y aunque potencie la usucapión extraordinaria, el vicio de origen de este nuevo título no se borra;⁸⁰⁾ queda el título primero con una fuerza potencial que le permite renacer desde el origen, en el caso de retractación del sujeto intervertiente. Esta fuerza se apoya positivamente en el artícu

En caso de renacer el título anterior, la posesión quedaría configurada con arreglo al mismo, incluso en el período intermedio, en que se desarrolló la posesión intervertida, aprovechando al despojado, por esta causa, la posesión disfrutada por el usurpador en el período intermedio.

-128- La influencia del título sobre la posesión en concepto de dueño, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha admitido la influencia del título con que se adquiere la posesión sobre el carácter de la misma, tanto en un sentido positivo, al reconocer que la posesión se tiene en "concepto de dueño" cuando el título lo postula, como en sentido negativo, al impedir que de ciertos títulos pueda emanar una posesión idónea para usucapir. Este proceder de tan autorizado Órgano jurídico, nos asegura en la posición que hemos esbozado en las páginas precedentes. En el estudio de la jurisprudencia con vendrá proceder con cuidado para no confundir el "concepto de dueño", que configura el título, con el justo título de la usucapción ordinaria (art.1952 C.c.).

La sentencia 9 febrero, 1935, advierte que "es indudable que hay que reputar como posesión en concepto de dueño, sin vicio de precariedad, a la que adquirieron los demandantes por virtud de títulos que sirven normalmente para transmitir el dominio". En el caso de esta sentencia se trataba de unos bienes, que correspondieron por herencia a una persona desaparecida en 1885, (según operaciones particionales efectuadas en el mismo año), que fueron disfrutados por la hija de éste, muerta en 1907, y por su mu

jer, fallecida en 1912. Durante el disfrute, ambas dispusieron de los referidos bienes. Contra los adquirentes se promueve acción reivindicatoria por los causahabientes del hermano del desaparecido, indicando que hasta el año 1922, en que se declaró el fallecimiento, no pudieron comenzar a usucapir los citados bienes. A estos motivos no dió lugar el Tribunal Supremo. Aunque se trataba de un caso de usucapión ordinaria, las palabras que antes hemos recogido están referidas a la posesión en "concepto de dueño", agregando a ellas que "el plazo de usucapión empieza a correr en el momento en que comience a tenerse la posesión con los caracteres requeridos y a que alude el artículo 1941".

En la sentencia de 8 diciembre, 1932, D^a V. adquirió por herencia un cuadro que permaneció en la casa de su padre, el cual expresamente la reconoció el dominio en testamento. A pesar de que el mismo continuara en dicha casa, (cuyo usufructo vitalicio correspondió a D^a V.) habitada por el administrador de D^a V., el dominio del cuadro se reconoció en D^a V., porque el administrador "era poseedor alieno nomine y por tanto sin animus domini para poder adquirir la posesión".

No cabe el desahucio cuando la posesión se disfruta por virtud de un título traslativo del dominio (compra escriturada de un inmueble a una sociedad de casas baratas), porque el disfrute que ostenta el poseedor deriva de ese título (sentencia 12 enero, 1926).

En otras muchas decisiones del Tribunal Supremo se reconoce la influencia negativa del título. No posee en concepto de dueño el que recibe unas fincas para su cultivo y administración (sen-

tencia 2 julio, 1928). Se atiende a la inexistencia de título para calificar el precario (sentencia 5 febrero, 1948; 27 marzo, 1950), o a su carácter meramente tolerado que no le hace idóneo para la usucapión (S. 6 marzo 1965; 29 diciembre 1899), o que da lugar al desahucio (S. 10 octubre, 1949). Ciertos títulos impiden la usucapión del dominio: El que atribuye el usufructo (S. 23 junio, 1965; también 7 junio, 1960, y 31 mayo, 1904, usucapión ordinaria), los de arrendamiento (S. 29 enero, 1953) ya que los arrendatarios no son poseedores en concepto de dueño (S. 7 noviembre 1895 y 15 enero, 1915). Tampoco es suficiente para usucapir la concesión a título de precario (S. 30 junio, 1953), ni la recepción del objeto para su restauración (S. 12 diciembre, 1966).

La sentencia de 20 noviembre, 1964 diferencia entre el elemento objetivo y causal de la posesión, que es el concepto de dueño y la intención que puede tener el sujeto. De ahí resulta que los negocios no traslativos del dominio no sirven para fundar una posesión en concepto de dueño, porque éste se basa en el título y no en la intención.

Para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente. Así se indica en S. 20 noviembre, 1964 (negocios de garantía, venta con pacto de retro), S. 12 diciembre, 1956, {ocupación de inmueble en lugar de adjudicación en pago}, S. 23 junio, 1965 (simulación absoluta) S. 3 mayo, 1955 y 10 noviembre, 1958 (fiducia cum creditore).

La continuidad del título se reitera, aplicando el artículo 436 en sentencia 7 febrero, 1965 y 24 mayo, 1928 (incluso en sucesiones hereditarias). En la sentencia 16 agosto, 1900 se afirma que el mayor tiempo en la posesión del mero precarista no altera la naturaleza de su precario.

-129- V.- POSESION QUE NO ES EN CONCEPTO DE DUEÑO

Bajo los calificativos técnicos de actos ejecutados "en virtud de licencia" y de actos fundados en la "mera tolerancia", se refiere el Código en el artículo 1942 a un amplio número de situaciones posesorias que no conducen a la usucapión. El carácter posesorio de estos actos ("actos de carácter posesorios", art.1942) "no aprovecha para la posesión" (ad usucapionem) debido al título que les precede. Como se trata de una posesión que no se ejerce en concepto de dueño parece adecuado tratarla a continuación del desarrollo de la posesión en concepto de dueño.

También convendrá mencionar a otro grupo de actos, también obstativos de la usucapión, los ejecutados por "gestión". Aunque el Código no los considere, dentro de la materia de la usucapión, hay bases en él, para establecer esta categoría (comp. art.1893, C.c.), que resulta de suma utilidad.

-130- El artículo 1942 del Código Civil

El mismo indica que "no ~~aprovechan~~ para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño".

De estas dos categorías de actos, la segunda encuentra su antecedente inmediato en el Código Civil francés: actos meramente tolerados son los denominados de simple tolérance en el Código napoleónico (art. 2232). El vehículo de esta recepción,

más lexica que jurídica, es el Proyecto de 1851. Sus palabras, tan semejantes a las del Código francés, nos descubren a las claras su ascendiente: "Tampoco pueden servir de fundamento, para la posesión ni prescripción los actos de mera facultad o los de simple tolerancia". (art.1950, P.1851).

El Código actual, por el contrario, no hace referencia a los actos de mera facultad, resultando acertada esta omisión, porque en la prohibición del Código francés y del P. de 1851, más que un mandato jurídico, se recoge un postulado de buena técnica: "in facultatibus non datur praescriptio", que no necesita ser recogido en el Código Civil.⁸¹⁾

Las dos clases de actos que consideramos, tienen en común su falta de aptitud para engendrar posesión idónea para usucapir, pero cada una de ellas pertenece a órdenes jurídicos diferentes. El Código al no desarrollar el contenido de estos dos tipos de actos, crea al intérprete dificultades para delimitar sus respectivos ámbitos. La doctrina patria ha comprendido mejor el alcance de los actos de mera tolerancia que el de los ejecutados en virtud de licencia; con respecto a aquéllos, algunos autores se han aproximado enormemente a lo que parece ser su adecuada comprensión, lo que es importante y meritorio, porque en sus opiniones han sabido sustraerse del influjo de las corrientes francoitalianas. Respecto a los actos ejecutados en virtud de licencia, no se ha ofrecido, al parecer, una interpretación en el sentido que parece más adecuado.

-131- Posesión en precario

La noción del precario guarda cierta relación con las categorías de actos que estamos analizando, y nuestra jurisprudencia destaca su carácter de posesión tolerada. Precisamente por esta similitud, conviene precisar las diferencias para evitar las confusiones que engendran las afinidades terminológicas y conceptuales.

El precario es un concepto difícil, porque ha significado cosas diferentes a lo largo de la historia,⁸²⁾ y aún hoy no es idéntico su alcance en todos los ordenamientos. Particularmente, en nuestro Derecho se acentúan las dificultades por no tener esta figura un perfil conceptual unitario, ya que su elaboración, más que a la doctrina, se debe a la jurisprudencia, en sus intentos de atemperar los textos, escasos en la materia, a las necesidades múltiples de la vida práctica.

-132- El precario en el Derecho romano

El precario considerado por este ordenamiento no tiene más parentesco que el del nombre, con el denominado por nuestra jurisprudencia precario procesal.⁸³⁾ En el Derecho romano, según informa JORS-KUNKEL, el precario es una institución antiquísima, y originariamente una especie de posesión señorial concedida por los terratenientes a los clientes que se establecían en sus dominios y que al parecer, en el Derecho clásico tuvo otras manifestaciones, empleándose para las cosas muebles.⁸⁴⁾ En el Digesto aparece definido por ULPIANO en estos términos: "Precarium est, quod precibus petenti utendum concedatur" (D.43,26,1,pr.)⁸⁵⁾

El Derecho postclásico conoció una degradación de la posesión del precarista,⁸⁶⁾ la cual será para el Derecho justinianeo la detentación cuyo justo título radica en el contrato de precario. El precario era entonces un contrato innominado.⁸⁷⁾ (D.50, 17,23).

-133- La posesión precaria en el Derecho francés

El Código francés se refiere a los que detentan precariamente en el art. 2236¹ y sobre este texto la doctrina francesa suele equiparar la detentación a la posesión precaria.⁸⁸⁾ En la letra del artículo 2236 del Código francés, la posesión precaria consiste en una posesión para otro, que impide, por tanto, la usucapión: "Los que poseen para otro no prescriben jamás.." En el segundo párrafo de este artículo se ofrecen ejemplos de sujetos que detentan precariamente, incluyéndose en ellos a titulares de derechos reales, como el usufructo, sin duda porque el Código francés tiene en cuenta que el usufructuario, con respecto al dueño (poseedor superior) tiene la cosa precariamente. La verdadera definición del detentador precario sería, como advierte COLIN et CAPITANT, "un poseedor que detenta la cosa, pero ejercitando o pretendiendo ejercitar sobre ella un derecho distinto del de propiedad". La precariedad más que un vicio de la posesión, es un obstáculo para que la posesión probada pueda transformarse en propiedad por medio de la prescripción, añade el mismo autor.⁸⁹⁾

La noción del detentador precario que expone COLIN et CAPITANT, aunque fiel al texto del Código francés, no explica la

prescripción adquisitiva de los derechos reales distintos de la propiedad. La doctrina francesa se ha visto obligada a salvar este escollo, advirtiéndole que los titulares de un derecho real (y también los que poseen en concepto de titular del mismo), en la medida en que ejercen de hecho un derecho, son poseedores; y, en relación con el propietario, son detentadores, en lo que exceda del derecho que poseen.⁹⁰⁾ Así MAZEAUD llega a entender, directamente, que son detentadores aquellos que ejercen el poder material sobre el objeto "sin ser propietarios ni titulares de otro derecho real".⁹¹⁾ Este mismo autor señala las siguientes notas⁹²⁾ a la posesión precaria del Derecho francés.

1a.- La detentación nace siempre de una situación jurídica, que tiene su apoyo en un título jurídico. La posesión, en cambio, puede apoyarse en una situación de hecho (ej. ladrón que actúa como propietario de la cosa robada).⁹³⁾

2a.- Comporta siempre un poder de derecho; además el derecho que ejercita, por no ser real, no está orientado directamente sobre la cosa.

3a.- Se puede ser poseedor y titular pero no detentador y propietario.

4a.- La posesión precaria no impide al propietario continuar poseyendo: precisamente posee a través del detentador.⁹⁴⁾

Además de estas características, RIPERT-BOULANGER añade otras que insertaremos, continuando la enumeración de las anteriores.

5a.- Ineficacia de la posesión precaria para la usucap⁹⁵⁾ión.

6a.- Carácter absoluto de la precariedad:: existe en relación con todo el mundo.⁹⁶⁾

7a.- Perpetuidad de la precariedad.⁹⁷⁾ Sobre este aspecto destaca AUBRY et RAU que la conclusión del término fijado para la restitución de la cosa detentada precariamente y la casación del mandato legal o convencional, en virtud del cual el detentador había comenzado a poseer para otro, no opera interversión de la posesión.⁹⁸⁾

Por un confusionismo de la práctica francesa anterior al Código civil entre el precario romano y la detentación para otro, se explica el perfil que el Derecho francés ha dado a la figura del precario.⁹⁹⁾

-134- El precario en el Derecho español: sus significaciones

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede el desahucio "contra cualquier... persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fue se requerida con un mes de anticipación para que la desocupe" (art.1565 Lec). Este precepto, tan poco preciso, no se vio completado con otros que delimitaran a sus efectos la noción de precario. Tal indeterminación ha dado pie a nuestra jurisprudencia, por razones de economía procesal, para admitir el desahucio de precario en casos en que hubiera hecho falta acudir a la vía reivindicatoria. Al ir resolviendo nuestro Tribunal Supremo los recursos planteados en la materia, fue albergando en la noción de precario (a efectos procesales) supuestos jurídicos

dispar¹⁰⁰⁾ que desbordan los moldes en que tradicionalmente han entendido nuestros autores a la figura.

La doctrina patria antecesora del Código, comunmente se refiere al precario, como una variante del contrato de préstamo;¹⁰¹⁾ este posible significado de la voz precario, corresponde a una figura jurídica distinta de la que entraña el denominado precario procesal.

En otra dirección ESCRICHE parte en su Diccionario de una acepción restringida del mismo, bajo la cual se considera como "préstamo revocable a voluntad del que lo ha hecho"; pero a esta significación agrega otra, que justifica lógicamente como una derivación de la anterior ("y se toma también por todo lo que ^{se} posee como en préstamo y por voluntad de su dueño"), y que en verdad significa dar un paso sobre ella. Se trata del precario con referencia a la situación posesoria precaria, que caracteriza por estar basada en la mera tolerancia del dueño. Son muy interesantes sus palabras: "Se llama precaria una posesión, para dar a entender que tal posesión no es más que un efecto de la tolerancia del propietario, sin que pueda dar derecho alguno al poseedor".¹⁰²⁾ ESCRICHE no pudo referirse aquí al precario procesal, porque aún no existían los cauces procesales del desahucio en precario. Se refiere al precario en la posesión, en un sentido diferente del Código francés, y similar^{al} recogido en los artículos 444 y 1942 del Código Civil español. Supo este autor no dar a la posesión precaria más alcance que el netamente posesorio ("sin que pueda dar derecho alguno al poseedor").

Por lo expuesto se comprende que dentro de nuestro Derecho son distinguibles, al menos, tres significados del término precario.

1º.- El precario como situación jurídica derivada de un contrato (contrato de precario). La admisión de esta figura contractual como figura independiente del comodato está discutida por nuestra doctrina y es de por sí discutible. Pero hipotéticamente, de darse autonomía a este tipo de negocio, podría calificarse al mismo de precario y a la relación jurídica por él creada de situación de precario.¹⁰³⁾

2º.- El precario referido a la posesión, y en concreto a la posesión ad usucapionem. El Código no emplea este término en los artículos que tratan de la materia, quizá para no dar a entender que se aceptan contenidos conceptuales propios del sistema francés (2236 C. francés); en vez de referirse al precario ha preferido emplear un término descriptivo, invocando a los "actos meramente tolerados" (art. 444 C. c.) y en concreto respecto a la usucapión a los actos ejecutados por mera tolerancia (art. 1942). Esta noción es la misma que, ampliando los moldes del contrato de precario, llegó a formular ESCRICHE en el siglo pasado. Por su conexión con la usucapión es para nosotros la que ofrece mayor interés. En el estudio que vamos a realizar sobre la misma, preferimos soslayar el empleo del término precario para evitar posibles equívocos, sustituyéndolo por el más realista que utiliza el Código de "actos meramente tolerados".

39.- El denominado precario procesal califica la situación posesoria que determina la legitimación pasiva del desahucio de precario.¹⁰⁴⁾ Por lo que ha contribuido el precario procesal a crear el confusionismo que domina en toda la figura del precario, convendrá que nos refiramos al mismo para marcar la separación que guarda respecto de los actos tolerados.

Ha de advertirse que las tres nociones de precario mencionadas son distinciones que se producen en el orden de los conceptos jurídicos y por tanto en ocasiones pueden estar referidas a una misma situación social (el precarista a efectos de la usucapión puede serlo también a los efectos procesales). Destacados netamente sus perfiles conceptuales y justificada, por otra parte, en el orden práctico esta triple distinción, nada importa que a una misma situación social pueda aplicarse en varias acepciones el calificativo de precaria.

-135- El precario procesal¹⁰⁵⁾

Elaborado como categoría jurídica por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no puede ocultársenos su utilidad a efectos procesales, aunque, como saldo negativo, haya significado, en no pocas ocasiones, una fuente de confusionismo para quienes no han partido de la debida distinción de los conceptos del precario en atención a sus efectos. A continuación vamos a señalar, como parece conveniente, las particularidades del mismo basándonos en la doctrina que de él ha tratado.

ROCA SASTRE sistematizando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, distingue tres tipos de situaciones posesorias dentro del precario procesal.¹⁰⁶⁾

- 136- 1.- Posesión concedida: es la situación posesoria resultante de un acto por el cual una persona concede a otra, previa petición de ésta, la posesión de una cosa, con carácter gratuito y revocable. Aquí se ha visto una reminiscencia de la noción romana del precario;¹⁰⁷ mas ¿cómo encajar esta situación en los moldes jurídicos de nuestro sistema? Si se ha de catalogar este tipo de posesión como categoría independiente de los "actos meramente tolerados", se plantean problemas para su adecuado encaje.¹⁰⁸⁾

ROCA SASTRE ha intentado paliar estas dificultades del modo siguiente: "en definitiva es preferible actualmente ver en la posesión concedida un verdadero contrato, aunque desinteresado y denunciabile. Este carácter contractual que ya adoptó el precario en la época justiniana perdura en nuestro Código Civil, el cual en su artículo 1750 lo trata como variante del comodato y también la sentencia de 21 junio, 1934".¹⁰⁹⁾

Es discutible la independencia del pretendido contrato de precario, considerado como variedad del préstamo, pero aún suponiendo que se tratase de una figura autónoma, tal contrato de precario engendraría una relación contractual en la cual quedaría justificada la situación posesoria del precarista. Con tal justificación este sujeto ostentaría una situación más cualificada que la del poseedor meramente tolerado, que podría encu-

drarse entre los actos ejecutados en virtud de licencia (art. 1942), en cuanto que deriva de un título contractual. La extinción de esta relación se deja abandonada a la voluntad de la parte concedente, lo cual no es más que un medio, entre otros, de fijar el momento final de la relación jurídica de precario (art. 1749-1750 C.c.). Mientras ésta subsista porque no se haya reclamado la cosa, la posesión del precarista (con tratante) no es diferente de la de cualquier otro comodatario. Por otra parte en el comodato con término preñijado, puede también el comodante reclamar la cosa antes de la conclusión del mismo (art. 1749 C.c.). La situación del precarista, aunque pueda desembocar en el juicio de desahucio por precario, si reclamada la cosa no es devuelta, no es supuesto del mismo mientras esté vigente el contrato de precario; por eso merece una consideración aparte.

La posesión que engendra la relación de precario se extingue mediante la reclamación del comodante (art. 1750.I.C.c.), y la posesión posterior a la extinción de esta relación, que no depende de un título negocial en vigor, está completamente descalificada. Por consecuencia, los actos posesorios que ejecute en lo sucesivo el hasta ahora precarista, tienen la consideración jurídica de actos meramente tolerados, que tampoco conducen a la usucapión (comp. art. 1942 C.c.).

Esta posesión por mera tolerancia tiene también un significado procesal a los efectos del desahucio de precario, pudiendo denominarse precarista en este terreno procesal, a quien ya no lo es respecto del contrato de precario. Como en este caso

hablamos del precario en dos sentidos diferentes, podría producirse confusión entre la categoría del precario procesal y del precario en sentido contractual. La revocación del comodante de termina el paso de una figura a otra: se deja de ser precarista en el aspecto contractual y se comienza a serlo en el procesal. Aunque el requerimiento procesal (art.1565 L.E.C.) que precede a todo desahucio por precario pueda tener el alcance de reclamación jurídica con respecto a una relación contractual en precario (art.1750 C.c.), ello no prejuzga nada acerca de la independencia conceptual de los dos tipos de precario a que nos referimos.¹¹⁰⁾

-137- 2.- Posesión tolerada: La tolerancia como indica ROCA SASTRE implica cierta dosis de voluntad, en el sentido, no de consentimiento sino de condescendencia o beneplácito con revocabilidad en cualquier tiempo en que persista la posesión iniciada por el poseedor sin previa concesión precaria de dicho propietario. Pero ello no autoriza, agrega este mismo autor, que esta actitud de tolerancia envuelva un negocio de concesión y menos de índole contractual.¹¹¹⁾

-138- 3.- Posesión sin título: aquí la jurisprudencia ha aplicado la denominación de precario a situaciones posesorias que carecen de tal calificativo a efectos no procesales. Al acoger a los actos posesorios sin título, el precario procesal adquiere un carácter peculiar no sólo por sus efectos sino por su contenido.

Estas situaciones precarias pueden ser al mismo tiempo en concepto de dueño, en relación con la usucapión.¹¹²⁾

Para justificar en el plano lógico esta ampliación, la jurisprudencia ha equiparado según informa ROCA SASTRE, la posesión sin título a la tolerada.¹¹³⁾

En este apartado pueden también incluirse situaciones posesorias que en otro tiempo tuvieron título, pero que hoy carecen de él por haber perdido éste su virtualidad.¹¹⁴⁾

-139- A.- ACTOS EJECUTADOS EN VIRTUD DE LICENCIA

Nuestra doctrina ha equiparado esta categoría de actos, que claramente delimita el Código (art.1942), a los ejecutados por mera tolerancia.¹¹⁵⁾ Recientemente DIEZ PICAZO ha señalado una diferencia entre ambas categorías de actos, que tampoco resulta del todo satisfactoria. Para él los actos tolerados y los ejecutados por licencia se refieren a una genérica cualidad de ciertos actos posesorios, cuya realización es conocida y consentida por el dueño: si el consentimiento es expreso se denominan actos en virtud de licencia, y si es tácito, actos de mera tolerancia.¹¹⁶⁾

La diferencia entre ambas expresiones parece más profunda que la señalada por DIEZ PICAZO: Es más que una distinción por las formas de expresarse el consentimiento; afecta a los propios actos que encierra la posesión, formando con ellos dos grupos bien diferenciados por sus cualidades jurídicas.

Se ha de observar también que nuestro Tribunal Supremo no ha prestado atención a estos dos grupos de actos.¹¹⁷⁾

-140- Antecedentes inmediatos

Antes del Código Civil, nuestra doctrina, recogiendo el sentido de nuestras leyes¹¹⁸⁾ excluía de la usucapión a ciertas situaciones posesorias, exclusión que podríamos interpretar por razón del título con que en ellos se posee (depósito, prenda, comodato, arrendamiento). GOMEZ de la SERNA la encuadraba en el epígrafe de la "capacidad de la cosa para prescribir"¹¹⁹⁾ y en el de las personas "que no tienen facultad de prescribir".¹²⁰⁾ explicando así la razón por la cual quienes tienen una cosa en alguna de las circunstancias señaladas, no pueden usucapir: "Se reputa que poseen a nombre de los dueños de ella"¹²¹⁾. Poseer a nombre de otro indica que no se posee para sí; y la referencia a estas situaciones a través de su título (depósito, prenda, comodato arrendamiento) demuestra, además, que la posesión "para otro" la determina el título (objetivo y extraño al sujeto) que moldea la situación. Podemos concluir que hay títulos, como los que señala GOMEZ DE LA SERNA, que atribuyen la posesión en beneficio de otro sujeto, lo que al relacionarse con la usucapión implica que los mismos no configuran una posesión "ad usucapionem".

El pensamiento de GUTIERREZ está muy influenciado por SAVIGNY;¹²²⁾ antes de GOMEZ DE LA SERNA, SALA trataba de parecida cuestión entroncando en una consideración conjunta, al título

lo y a la dimensión subjetiva (voluntad del sujeto): "La palabra derecha (tenencia derecha en las Partidas) significa lo mismo que legal, esto es apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia o privada voluntad; como luego lo explicaremos y con intención en quien lo tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene a empeños o encomienda o arrendada o forzada".¹²³⁾

Nuestra jurisprudencia aplicó este criterio,¹²⁴⁾ poniendo de manifiesto que la idea francesa de la posesión precaria, entendida con fundamento en el título por el que se posee, se reconoció por otras vías en nuestro Derecho, aunque careciéramos de un nombre técnico para designar genéricamente a estas situaciones. Nuestra doctrina era consciente de que ciertos tipos de relaciones posesorias impiden la usucapión, pero advertimos cómo a diferencia del precario francés, no enumera entre ellas a situaciones posesorias referidas a derechos reales limitados, pues aunque favorezcan a la posesión del poseedor mediato, también aprovechan para la usucapión del derecho real limitado.^{124) bis.}

-141- Significado de la referencia del Código a los mismos

Parece ser que el Código ha denominado "actos ejecutados en virtud de licencia" a los que la doctrina anterior consideraba (en razón del título) actos no idóneos para la usucapión. El término licencia lo indica en parte: parece expresar la idea

de una posesión que se tiene, no en concepto de titular de un derecho que (como sucede con los derechos reales) recaiga directamente sobre la cosa, sino por una concesión del dueño que cristaliza en un contrato.

La licencia se distingue de la mera tolerancia porque ésta no tiene más base que el beneplácito del sujeto tolerante, mientras que aquélla se apoya en un título contractual. No hay por tanto tolerancia cuando media título, aunque el carácter de éste no potencie la usucapión (por no ser traslativo de un derecho real usucapible) (comp. arts. 1930 y 1940 C.c.). El título hace que la situación posesoria esté apoyada en un elemento objetivo en el cual cristalizó la voluntad de las partes. Esta ausencia de un título que acompaña a los actos meramente tolerados explica que no afecten ni tan siquiera a la posesión del tolerante (art. 444, a otros efectos que la usucapión), en tanto que los actos ejecutados en virtud de licencia pueden afectar a la posesión del concedente, aunque no sea a los efectos de usucapir (comp. art. 1942 y 444 C.c.): Así el arrendamiento, el comodato, la dote inestimada, son títulos de una relación jurídica posesoria oponibles al titular, el cual no podrá revocarlos por su arbitraria voluntad; y en otros casos aunque el poseedor en virtud de licencia tenga la cosa para el dueño, o para quien se la confiera (ej. transporte, depósito, mandato, ejecución de obras con materiales ajenos), esta posesión está encajada en un tipo determinado de relación jurídica por la que puede resultar afectada pues de la misma resultan obligaciones mutuas, y la pose-

sión de la cosa por el transportista, depositario, mandatario o ejecutor de obras, sirve también de potencial garantía del cumplimiento de las obligaciones de la parte contraria (derecho de retención: arts. 369 y 374 C.dec.; 1780, 1730, 1600, 1866, C.c.¹²⁵)

Por lo dicho (esto es porque los actos ejecutados en virtud de licencia afectan a la posesión aunque no a la usucapión) es explicable que el Código no los mencione en el art. 444, y lo haga en cambio en el 1942, pues si en el mismo no se contuvieran dos categorías distintas de actos posesorios, no se explicaría que el 444 mencionase tan sólo a los actos "meramente tolerados".

Los actos ejecutados "en virtud de licencia" se diferencian también de los que son en concepto de dueño, no sólo por estar referidos a situaciones posesorias que no conducen a la usucapión, (comp.art.1930,1940), sino además, porque el título es en ellos necesario, ya que se hace difícilmente pensable una situación posesoria de las que se apoyan en licencia sin previo contrato o título. Por ello, se ha podido pensar, a propósito de la posesión precaria del Derecho francés, que la misma no es nunca un hecho irregular, sino fundado en un título que constituye el estado de precariedad, del que resulta la obligación de restituir la cosa.¹²⁶) El que de buena fe se cree arrendatario, depositario o, simplemente, guarda la cosa encontrada para el dueño, no es, en verdad, poseedor en virtud de licencia. Quizás basándose en ello pudo reconocer el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de noviembre de 1944, que decaído el título de arrendamiento

no renace por la sola intención del poseedor. Su comportamiento posesorio tiene origen unilateral y, por tanto, tampoco parece encuadrable entre los actos meramente tolerados. Podría pensarse que en estos casos existe otra categoría de actos no idoneos para la usucapión a los cuales podríamos denominar "actos por gestión" (comp. art. 1893 C.c.).

Se plantea aún la cuestión de si la posesión que se refiere a los derechos reales limitados puede quedar comprendida en la categoría de actos posesorios ejercitados en virtud de licencia. Planteado este problema en el Derecho francés con respecto a la que denomina posesión precaria, fué resultado por la doctrina atribuyendo a los poseedores de derechos reales limitados una doble condición: precaristas, respecto a la posesión del derecho de propiedad que ejercitan para otro y poseedores en nombre propio, respecto al derecho limitado que ejercitan por sí y para sí.¹²⁷⁾

Aunque en nuestro Código haya que reconocer también el carácter bifronte de esta posesión (comp. art. 431, 439, 1930, 1940), el poseedor de un derecho real limitado no es verdadero poseedor "en virtud de licencia", pues en él se debe contemplar primordialmente la condición de usucapiente (arts. 1930, 1940), que no es óbice para reconocer que representa también a otro su jeto en la posesión (art. 431).

Nuestra jurisprudencia ha señalado la incompatibilidad de la posesión derivada de un título que confiere el usufructo, con una posesión en concepto de dueño (S.23 junio, 1965); pero como esta sentencia contemplaba un caso de adquisición de la propiedad por usucapión, al emplear la expresión concepto de dueño no quería indicar genéricamente, el concepto de titular, sino el específico de titular del dominio.

-142- Notas caracterizadoras de los actos ejecutados en virtud de licencia

Como resumen de lo expuesto convendrá señalar las notas que caracterizan a estos actos, agrupándolas para su mejor comprensión.

1º.- Existencia de un título con carácter firme. De no mediar título parece que nos encontramos más bien en una posesión debida a la mera tolerancia del dueño ("por" art.1942), por "gestión" (comp.art.1893 C.c.).

2º.- Que el título no ~~crea~~ una situación posesoria en concepto de dueño, por no estar referido a la constitución o transmisión de un derecho real usucapible. Por eso en la denominación de estas situaciones se ha tenido en cuenta más ^{que} la situación de hecho, en sí misma, la licencia que para la misma, contiene el título.

3º.- El carácter del título permite que sea opuesto por el concedente de la posesión al poseedor, para impedirle la usucapión.

42.- La naturaleza de los actos ejecutados en virtud de licencia no se transforma con respecto a la usucapión por un simple cambio de voluntad en el tenedor de la cosa, en tanto que el mismo no de lugar a la intervención de la posesión. La objetivación que caracteriza a la posesión "ad usucapionem" se produce también en la que no lo es. 127 bis)

52.- Aunque el título tenga fuerza irrevocable (ej. arrendamiento con prórroga forzosa) no deja de atribuir a la posesión la cualidad de posesión en virtud de licencia.

-143- Enumeración de situaciones ejecutadas en virtud de licencia

Para completar la exposición aludiremos a ciertas situaciones jurídicas en que existe posesión por virtud de licencia.

1.- Arrendamiento

2.- Comodato

3.- Supuesto contrato de precario: de admitirse esta figura en nuestro Derecho, debe considerarse la posesión del precarista, antes de serle reclamada la cosa (art.1750), como ejercida en virtud de licencia.

4.- Ocupación de vivienda o herramientas por razón del cargo (art.1587).

5.- Posesión derivada del depósito

6.- Posesión derivada del secuestro

7.- Posesión derivada del mandato (objetos del mandato)

8.- Posesión del albacea al que se le ha conferido la administración de los bienes hereditarios (art.901)¹²⁸⁾

9.- Posesión del representante de la persona jurídica

10.- Ejecución de obra poniendo sólo el trabajo.¹²⁹⁾

11.- Posesión del comunero o del coheredero (arts.450 y 1933, C.c.).

-144- Actos equiparables a los ejecutados por licencia

Estos actos posesorios no provienen de la voluntad sino de la ley; aunque la norma que los regula, no los configure en concepto de dueño, tampoco pueden considerarse, en sentido estricto, como meramente tolerados. En ellos se pueden establecer dos apartados: en el primero la voluntad de las partes crea la situación, pero el contenido de la misma, respecto a la posesión de los bienes, está conformado por el Derecho. Así:

1. Dote inestimada entregada al marido

2. Bienes parafernales cuya administración entrega la mujer al marido (art.1384 C.c.).

En el segundo apartado se pueden incluir los actos posesorios derivados de situaciones jurídicas creadas y configuradas por ley. Así:

1. Administración de los bienes del menor en virtud de la patria potestad (art.159 C.c.).

2. Administración por el tutor de los bienes del sometido a tutela (art.199 C.c.).

3. Administración por el marido de los bienes de la sociedad de gananciales (art. 1412).

4. Representante del patrimonio del ausente (art. 186 C.c.).

-145- La interversión de la posesión en las situaciones posesorias no aptas para la usucapión derivadas de la ley.

La diferencia más notable que separa a los actos ejecutados por licencia, de los que a ellos se equipara por ley, estriba en la posibilidad de intervertir la posesión. Cuando una norma configura el concepto en que se tiene la posesión del objeto, el poseedor no podrá intervertirlo para comenzar a usucapir.

Así pudo afirmar GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN respecto a "los bienes dotales inestimados" que son incapaces para la prescripción "cuya incapacidad se entiende mientras subsiste el matrimonio".¹³⁰) Ni aún en los casos en que existe un acto de entrega voluntario, bajo un concepto típicamente configurado por el Derecho, (dote, bienes parafernales) se puede intervertir el concepto con que se ha comenzado a poseer la cosa.

B.- ACTOS MERAMENTE TOLERADOS

-146- Caracterización jurídica de los mismos

El Código Civil, sin duda por creer bastante expresivo el nombre de estos actos, no se detiene a caracterizarlos jurídicamente, limitándose a regular sus efectos (art. 444 y 1942 C.c.). Este silencio de la ley nos impone la tarea de interpretar el significado de esta categoría de actos dentro de nuestro sistema jurídico. En este cometido es importante no dejarse llevar de

las opiniones de la doctrina extranjera, emitidas en la interpretación de textos similares al nuestro, sin que por ello carezca de interés el estudio de la misma, pues además de ilustrar nuestro parecer, ha de servirnos para destacar las peculiaridades de nuestro Derecho. La doctrina francesa e italiana es la que más nos interesa conocer, por razón de los textos jurídicos en que se ha desenvuelto.¹³¹⁾

-147- 1.- ¿Carácter jurídico o extrajurídico?

Se ha resaltado el carácter extrajurídico de estos actos, no precisamente porque se les niegue eficacia posesoria, sino en atención al entramado sociológico en que se desarrollan. La cuestión, hay que decirlo, no es demasiado importante para la aplicación del Derecho.

Basándose en la jurisprudencia italiana,¹³²⁾ GENTILE encuentra la razón de ser del régimen jurídico de estos actos, en las relaciones de amistad, buena vecindad y familiaridad, lo cual no parece totalmente exacto. No deja de ser cierto que en muchas ocasiones tales relaciones extrajurídicas determinan la realización de los actos que consideramos y pueden explicar el significado que a los mismos ha dado el Derecho.¹³³⁾ Es además exacto que la regulación que de ellos dan los Códigos en el terreno de la posesión, favorece un clima de armonía social, y en este sentido destaca con acierto BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, cómo si el Derecho no hubiera regulado de tal modo el régimen

de estos comportamientos, cada propietario se hubiera visto obligado a reprimir los más mínimos atentados contra su derecho de propiedad, por temor a que pudieran servir de fundamento de una prescripción contra él, con la consiguiente perturbación de las relaciones de vecindad,¹³⁴⁾ Mas, a pesar de todo, no es suficiente esta explicación.

Nos encontramos ante unos actos que el Derecho dota de un significado jurídico por derivar de ellos la falta de aptitud para la usucapión. Sin embargo no está de más recordar las circunstancias sociales en que se producen, porque ello ayuda a comprender mejor el régimen que les reserva el Derecho y a aplicar con más tino las normas que se les refieren.

Advirtamos, además, que en nuestro Derecho no es posible reducir esta clase de actos a los basados en las relaciones de vecindad, amistad o familiaridad. Si en otros ordenamientos hay margen para ello, nuestra jurisprudencia nos hace comprender que en el nuestro los actos "meramente tolerados" abarcan más.

-148- 2.- Caracterización en atención al tipo de actos

Muchos juristas han tomado en consideración la naturaleza del acto, al definir a los meramente tolerados, resultando en este análisis, algunos caracteres que podrían tipificarlos.

a) Carácter limitado

Con gráficas palabras señala GENTILE que no "parece que se pueda hablar de tolerancia cuando el acto somete todo el bien al poder del agente".¹³⁵⁾

Al restringir la calificación de "actos tolerados" a los que comportan contactos limitados con la cosa, se ha visto en las servidumbres la expresión normal de ellos: "el acto tolerado, concluye GENTILE a este propósito, tiene, por tanto, el contenido de una servidumbre predial".¹³⁶⁾ La imposibilidad de usucapir las servidumbres discontinuas y no aparentes (art. 630 C.c. italiano antiguo) obligó aún a la doctrina a mayores precisiones. Por eso STOLFI sólo consideraba admisible hablar de actos de mera tolerancia, tratándose de servidumbres continuas y aparentes.¹³⁷⁾

También entre los autores franceses está difundida la misma referencia de los "actos tolerados" a las servidumbres. Los belgas DE PAGE-DEKKERS reconocen la pertenencia de los mismos a la teoría de las servidumbres,¹³⁸⁾ y PLANIOL-PICARD los estudian en el desarrollo de las servidumbres.¹³⁹⁾ COLIN et CAPITANT los han definido como "actos poco molestos de disfrute parcial que el propietario de un fundo permite realizar a sus vecinos a consecuencia de las relaciones de buena voluntad, como pasar por sus tierras, abreviar los caballos..."¹⁴⁰⁾

-149-

b) Carácter transitorio

Otros autores han destacado también el carácter transitorio de los actos "meramente tolerados". En atención a esta nota distingue BUTERA entre posesión precaria y actos tolerados,¹⁴¹⁾ pues la concesión precaria, aunque puede ser removada en razón del contrato en que se base, goza de mayor estabilidad.¹⁴²⁾ Por

su parte WOLFF señala, cómo ciertos contactos fugaces con las cosas no se valoran socialmente como posesorios; al tratar del corpus llama la atención sobre la estabilidad de la relación material: "un contacto con la cosa que tēnga desde el primer momento un carácter fugaz y pasajero, no es un señorío sobre la cosa"¹⁴³⁾ (p.ej. el amigo visitante respecto de la silla que ocupa). Y se puede añadir con mayor motivo que un contacto de tal naturaleza no puede ser idóneo para potenciar la usucapión.

-150-

c) Actos poco molestos

Además de los anteriores ^{caracteres,} e incluso conjuntamente con alguno de ellos, se ha señalado este otro que es como la consecuencia lógica de los precedentes: lo limitado o transitorio de los actos tolerados hace que resulten poco molestos a quien los soporta. Por esta leve carga y su utilidad para el desarrollo armónico de las relaciones sociales, podría pensarse que los Códigos han dado carta blanca para los mismos.¹⁴⁴⁾

-151-

Crítica que merece la calificación de la tolerancia posesoria en atención a las cualidades de actos

La doctrina que acabamos de exponer ha señalado unos caracteres de los "actos tolerados" que sin dejar de ser ciertos, implican en algunos casos una visión reducida e inadecuada de los mismos. Es inadecuado caracterizarlos en atención a la naturaleza del acto, olvidando que es la voluntad de quien los ejecuta y

los soporta la que configura la situación. Los actos limitados, transitorios o poco molestos pueden no ser actos tolerados. Habrá, ciertamente, en el carácter del acto un criterio para presumir la tolerancia, pero con él no se puede contradecir a la falta de tolerancia expresa. Parece pues que la razón por la cual un comportamiento posesorio merece el calificativo de "meramente tolerado" radica en la voluntad, como veremos más adelante.

-152- 3.- Caracterización de los actos tolerados en atención a la voluntad

Lo mismo que la posesión en concepto de dueño se caracteriza en atención a la voluntad del poseedor, considerada objetivamente a través del negocio en que se expresó el propósito de adquirirla o del acto público (ocupación) a través del cual se adquirió unilateralmente, igualmente en la posesión que no es en concepto de dueño habrá de tenerse en cuenta el papel especificador de la voluntad. Respecto a los actos ejecutados "en virtud de licencia" hemos visto ya, cómo la voluntad actuaba a través del contrato que los precede, configurando a la posesión, sin ser en "concepto de dueño" (art.1942 C.c. "ejecutados en virtud de licencia"). Este mismo mecanismo jurídico puede encontrarse en la caracterización de los actos "meramente tolerados".

La ventaja de este enfoque unitario es que un solo elemento, la voluntad, determina la naturaleza de la posesión apta y no apta para usucapir. La objetivación de la voluntad, es también una dimensión común de toda posesión que conduce o impide

la usucapión y que en los "actos meramente tolerados" implicará la continuidad de este carácter por aplicación del art. 436 C.c. La otra nota de la posesión ad usucapionem, la tipificación o referencia a un esquema de derecho subjetivo usucapible, no se aplica a la categoría de los actos meramente tolerados, por tratarse de un concepto de contenido indiferenciado debido a su carácter residual.

PABLO, en D.41,2,41, a propósito de las relaciones iure familiaritatis, encajables entre los actos tolerados, se expresaba en estos términos: "Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit". Este jurisconsulto se refiere, tan sólo, al animus del tolerado (poseedor) tal vez porque el del otro sujeto se puede inferir tácitamente de la relación de familiaridad que media entre ambos. GARCIA GOYENA nos aclarará la naturaleza de los actos de simple tolerancia en consideración de la voluntad conjunta del tolerante y tolerado: son aquellos en que "ni el que los hace tiene el ánimo o intención de propietario, ni el que los tolera o autoriza piensa en desprenderse de su derecho: en suma, ni dan ni quitan derecho.¹⁴⁵⁾ Esta parece la postura correcta.

-153- Los actos tolerados según el artículo 1942 del Código Civil

Como apunta GARCIA GOYENA, estos actos se apoyan en la voluntad de las partes que los realizan y soportan; a tal conclusión se llega también a la vista del artículo 1942 del Código Civil: "No aprovechan para la posesión los actos de carácter pose

sorio ejecutados... por mera tolerancia del dueño" (art.1942).

Este precepto emplea dos expresiones que merecen destacarse: ejecutados por (parecida a ejecutados en virtud de) y mera tolerancia del dueño; de su armonización resulta:

1º.- Que es necesaria la tolerancia del dueño, no bastando atender al carácter del acto que se ejecuta.

2º.- Que quien realiza los citados actos posesorios actúa "en virtud de" o "por" dicha tolerancia (expresa o tácita). De esta manera no poseerá en concepto de dueño, y será irrelevante cualquier otro contenido de su voluntad si a través de la misma no se ha cambiado, por interversión el concepto de poseedor meramente tolerado: Para ello sería necesaria una clara oposición, debidamente exteriorizada (art.1941), la cual por otra parte implicaría un comportamiento ilícito, por traspasar los límites de la mera tolerancia (comp.art.1956 C.c.).

-154- Interpretación de nuestra doctrina

Nuestra doctrina al interpretar el artículo 1942 ha expresado diferentes criterios. Algunos autores se limitan a hacer referencia a esta norma,¹⁴⁶⁾ sin entrar en detalles sobre la misma o relacionándola con la idea de precario.¹⁴⁷⁾ También se ha destacado que son actos sin justo título, ni buena fe,¹⁴⁸⁾ y, refiriéndolos a los interdictos, "que no se reputan creadores de un estado posesorio de eficaz contradicción", aunque no excluye la posibilidad de interponer interdictos.¹⁴⁹⁾

Otros autores los interpretan en razón de los supuestos sociológicos que motivan la tolerancia; así ESPIN, quien pone muy de relieve la referencia de estos actos a las servidumbres: "Se entienden aquellos que el propietario permite realizar especialmente a sus vecinos, por razones de buena vecindad y por la escasa molestia que les origina."¹⁵⁰⁾ Como puede verse, este autor está poderosamente influenciado por el Derecho francés.

MORENO MOCHOLI justifica la exclusión de la usucapión en razón al tipo de posesión que estos actos comportan: No hay posesión continuada; sólo hay actos de carácter posesorio.¹⁵¹⁾

PEREZ Y ALGUER los refieren a la voluntad que los motiva ("concesiones sin propósito de constituir derecho de ningún género"), y al carácter de los mismos actos ("tolerancia de actos aislados e intermitentes").¹⁵²⁾

ALBALADEJO, al equiparar posesión por licencia y por tolerancia, extiende excesivamente el contenido de los actos tolerados.¹⁵³⁾ MARTIN PEREZ incurre en ciertas desviaciones.¹⁵⁴⁾

Una interpretación de los actos tolerados a partir de la voluntad de los sujetos que en ellos intervienen nos la ofrecen REYES MONTEREAL, en la revisión de la obra de MUCIUS,¹⁵⁵⁾ MANRESA,¹⁵⁶⁾ y sobre todo DIEZ PICAZO. Este autor ha destacado en ellos los siguientes rasgos: la sustancia económica de carácter posesorio; su realización conocida y consentida por el dueño; la volun tad de ambas partes de no crear una relación jurídica vinculante y de no atribuir derecho subjetivo alguno; el que engendran situaciones de precariedad basadas en la buena vecindad, familiaridad,

ánimo de favorecer.¹⁵⁷⁾ No obstante, este autor ha restringido en exceso el ámbito de los actos meramente tolerados: "la tolerancia de una posesión total coincide, según indica, con la figura del precario en sentido estricto".¹⁵⁸⁾ Bastará recordarlo dicho acerca de los significados del precario para comprender el peligro de confusión que encierra esta referencia, cuando además el Código no ha recogido en ningún precepto una alusión directa al precario en relación con la usucapión.

-155- Carácter bilateral de las situaciones de mera tolerancia

Fundada la mera tolerancia en la voluntad surge la cuestión de la unilateralidad o bilateralidad de estas situaciones, cuestión que entendemos referida a si basta la voluntad de una sola parte (tolerante o tolerado) o es precisa la conjunción de ambas, con un mismo contenido: la actuación sin derecho propio (meramente tolerada).

Del texto del artículo 1942 se infiere su carácter bilateral. La mera tolerancia, sin llegar a constituir una relación jurídica, actúa como título configurador del concepto en que se posee, haciendo a la posesión que la subyace, no idónea para usucapir, por no ser en "concepto de dueño". Esta voluntad se manifiesta, por parte del dueño, en una actitud de liberalidad, cuyo concreto contenido es la tolerancia (incluso tácita o presunta) y por parte del tolerado, en que su animus se apoya en esa misma liberalidad ("actos... por mera tolerancia" (art.1942,C.c.)

El acuerdo de voluntades entre tolerante y tolerado no es tá encaminado a la constitución de una relación jurídica, pero tiene valor para calificar la licitud de la situación del poseedor tolerado, al par que para impedir la usucapión.

No se puede pensar el comienzo de una posesión tolerada sin que medie tolerancia, pero se puede presumir ésta en atención a variadas circunstancias (uso sociales, familiares). Sin ella o contra ella habrá una posesión en nombre propio opuesta a la del tolerante, de la cual no puede decirse que no sirve para la usucapión (art.1942). En cambio iniciada la posesión bajo el signo de la tolerancia no parece que pueda cesar en este carácter y comenzar la usucapión, por la revocación del tolerante; porque aunque ilícitos ya, los actos del tolerado siguen amparándose en la tolerancia inicial, hasta que el mismo oponga al tolerante una posesión en nombre propio. Con ello se matiza el carácter bi lateral de estas situaciones posesorias: la bilateralidad debemos referirla al comienzo; por ella se fija el animus del tolerado, y éste no cambia en posesión en nombre propio por la sola revocación del concedente.

En las situaciones posesorias continuadas con posterioridad a la extinción del título que las justificaba, que impropia-mente pueden encuadrarse entre las meramente toleradas, la tolerancia se debe al hecho de que el concedente, pudiendo reclamar la cosa (incluso judicialmente) no lo haga, lo cual permite atribuir a su comportamiento la significación de tolerante.

-156- Sujeto tolerante

Aunque el artículo 1942 del C.c. atiende sólo al dueño, hay que admitir que la tolerancia puede emanar de otro sujeto: el artículo 444 contempla la que proviene del poseedor.

Cuando la tolerancia no proviene del titular, sino de un poseedor, debemos distinguir sus efectos, sobre la licitud de la posesión y sobre la usucapión. En cuanto a la licitud de la posesión, si el tolerado conoce que el tolerante no es dueño y no tiene derecho a constituirle sobre la cosa, al retener el objeto, colabora con él en un comportamiento ilícito. En cuanto a la usucapión el hecho de que la tolerancia emane de un sujeto no legitimado para concederla no parece que impida poder calificar a la posesión de tolerada (art.1942): Basta que una situación posesoria tenga su origen en la tolerancia, para que, con independencia de la legitimación del sujeto que la concede, pueda valorarse, objetivamente, la ausencia de animus para usucapir, pues con ello se favorece al titular, al impedirse el comienzo de la usucapión contraria. De lo dicho no puede inferirse que sea suficiente la voluntad unilateral para constituirse en situación de tolerancia, ya que la bilateralidad es un requisito que se infiere del texto del artículo 1942. Fuera de esta categoría de actos meramente tolerados, es posible tener la cosa, por propia voluntad, sin constituirse en poseedor usucapiente: Es el caso de la posesión que se retiene por "gestión". La cosa se retiene para otro sujeto, sin que medie la voluntad o aún el conocimiento del mismo.

-157- Caracterización de la voluntad tolerante

Indicadô ya que la tolerancia implica voluntad, es forzoso precisar los contornos de esta voluntad que la justifica, atendiendo a su concreto contenido.¹⁵⁹⁾

-158- Tolerancia y título adquisitivo

La posesión tolerada supone la inexistencia de un título transmisivo de cualquier derecho subjetivo: por eso destaca la sentencia 29 diciembre, 1899 la diferencia que media entre el convenio y la mera tolerancia. El caso que resolvía esta sentencia era el siguiente: La dueña de una casa permitió a una Compañía suministradora de fluido eléctrico la colocación de postes y palomillas destinados al alumbrado, supuesto que se califica de servidumbre (arts. 530,531 C.c.) continua y aparente, de las que, por tanto, se pueden adquirir por título o prescripción. En el momento en que se pide por la dueña del inmueble la declaración de inexistencia de servidumbre a favor de la Compañía de alumbrado, sólo habían pasado siete años desde la colocación de los artefactos, durante los cuales la dueña venía tolerando las reparaciones. Lo escaso de este plazo no permite plantear cuestión sobre la usucapión, y todo se centró en torno a la potencial existencia de título. El recurrente (Compañía de alumbrado) sostuvo que había mediado título, porque la otra parte prestó consentimiento para la colocación de los postes y palomillas; pero el Tribunal Supremo no admitió que éste hubiera existido,

con objetos del tolerado. Este permiso impide que la posesión de los objetos que se tienen en los espacios del tolerante pueda aprovecharle como posesión en concepto de dueño (cfr. art. 449). En la sentencia 25 octubre, 1913 se resolvió en esta dirección el caso del dueño de un edificio que permitió que en él permaneciese un andamio colocado para su reparación, y que después pretendía haberlo adquirido por usucapión.

-159- Tolerancia y ~~aquiescencia~~

La usucapión requiere posesión en concepto de dueño y la "tácita aquiescencia de los posibles contradictores" que permanecen pasivos sin interrumpirla (cfr. art. 1945 ss.). Esta aquiescencia se distingue por nuestro Tribunal Supremo de los "actos permisivos por mera tolerancia o cualificados por previa autorización" (S.7, junio, 1941)

La "aquiescencia" es por tanto la pasividad ante una posesión ad usucapionem iniciada mediante título u ocupación (art. 438 C.c.), que permite se desarrolle hasta consumir la adquisición. La tolerancia es la causa de un tipo de posesión que no se configura en concepto de dueño. La aquiescencia o pasividad colabora al advenimiento de la usucapión; la tolerancia la impide.

-160- Tolerancia y licitud de la situación posesoria

La "tolerancia" implica normalmente ~~la~~ licitud de la situación posesoria; mas como a los efectos de la usucapión se amplía la noción de posesión tolerada, (posesión que se tiene después

de la revocación de la tolerancia o tras la extinción del título) en este ámbito no contiene necesariamente la nota de licitud.

Nos encontramos ante una situación posesoria viciada, calificable no obstante, de tolerada, a efecto de impedir la usucapión:

a) Cuando la tolerancia proviene de quien, conocidamente, no es el titular ni tiene derecho alguno sobre la cosa (mala fe del poseedor; arts. 433 y 1950 C.c.).

b) Cuando se sigue reteniendo la cosa tras la revocación de la tolerancia o con posterioridad a la extinción del título reconocible por el poseedor.

Como puede comprobarse el concepto de tolerancia es menos exigente para impedir la usucapión que para calificar de lícita a la situación posesoria.

-161- Tolerancia y voluntad tácita o presunta

Además de la voluntad dirigida expresamente a la tolerancia de la situación posesoria hay situaciones sociales en que ésta resulta presumible, en atención a la naturaleza y circunstancias de los actos posesorios ejecutados. Aquí se valorará el carácter limitado, transitorio o poco molesto de los mismos, y se apreciarán las relaciones sociales que unen a los sujetos (relaciones de amistad, vecindad, familiaridad); por fin es importante tener en cuenta si se trata de algún supuesto de tolerancia impropia, en el que persista la situación posesoria des

pués de extinguido el título. En todos estos casos es presumible la tolerancia, en interés del propietario.

-162- Efectos de la revocación de la tolerancia

La revocación convierte en ilícito al comportamiento de poseedor, porque no existe título ni otra justificación jurídica para el mismo. De este carácter ilícito no se infiere que la posesión posterior a la revocación se convierta en posesión ad usucapionem, siendo en este caso de tener en cuenta el carácter con que se comenzó a poseer: El tolerado continúa teniendo la cosa fundándose en la tolerancia inicial, hasta que no demuestre su propósito de tenerla en concepto de dueño (interversión).

Sería absurdo admitir que tras la revocación se cambia la posesión de "meramente tolerada" en posesión en "concepto de dueño", porque ello iría en perjuicio del titular. El efecto propio de la misma es calificar de ilícita a la situación posesoria.

-163- Interversión de la posesión tolerada ^{159 bis)}

El principio de continuidad en el carácter de la posesión (art.436) determina, al ser aplicado a la posesión tolerada, que el transcurso del tiempo no cambie su carácter (sentencia 5 de abril, 1930). Mas el poseedor tolerado puede intervertir su posesión por contradicción o por compra de quien dice ser titular. La contradicción exige ciertos requisitos para convertir

pués de extinguido el título. En todos estos casos es presumible la tolerancia, en interés del propietario.

-162- Efectos de la revocación de la tolerancia

La revocación convierte en ilícito al comportamiento de poseedor, porque no existe título ni otra justificación jurídica para el mismo. De este carácter ilícito no se infiere que la posesión posterior a la revocación se convierta en posesión ad usucapionem, siendo en este caso de tener en cuenta el carácter con que se comenzó a poseer: El tolerado continúa teniendo la cosa fundándose en la tolerancia inicial, hasta que no demuestre su propósito de tenerla en concepto de dueño (interversión).

Sería absurdo admitir que tras la revocación se cambia la posesión de "meramente tolerada" en posesión en "concepto de dueño", porque ello iría en perjuicio del titular. El efecto propio de la misma es calificar de ilícita a la situación posesoria.

-163- Interversión de la posesión tolerada 159 bis)

El principio de continuidad en el carácter de la posesión (art.436) determina, al ser aplicado a la posesión tolerada, que el transcurso del tiempo no cambie su carácter (sentencia 5 de abril, 1930). Mas el poseedor tolerado puede intervertir su posesión por contradicción o por compra de quien dice ser titular. La contradicción exige ciertos requisitos para convertir

de ellos (ej. reloj); uso entre amigos que conviven en un mismo establecimiento de objetos que no les son propios (ej. máquina de afeitar, traje de fiesta, libros); utilización del apartamento del amigo o de un familiar, presumiendo, por las buenas relaciones que median, la tolerancia de éste.

No merecen tampoco el calificativo de posesorias, ni pueden tener transcendencia a los efectos de usucapir, las relaciones fugaces con las cosas ajenas; por eso pueden incluirse entre los actos meramente tolerados (ej. lectura del periodico del compañero de viaje; uso de un banco en un jardín).

-165- 2.- Situaciones jurídicas de mera tolerancia impropia

Empleamos este calificativo para designar a ciertas situaciones jurídicas que nuestra jurisprudencia, no sin razones para ello, ha calificado de meramente toleradas. Su inclusión en esta categoría de actos es aconsejable pues explica que no conduzcan a la usucapición; pero también es conveniente distinguir sus peculiaridades.

Estamos en presencia de mera tolerancia impropia, cuando subsiste la posesión con posterioridad a la extinción o revocación del título que configuraba la situación posesoria.

Tras la extinción del título, no se da paso a un estado posesorio en el que se considere la voluntad subjetiva del poseedor. Si con anterioridad al fenecimiento del mismo la seguridad jurídica exigía que estuviera objetivamente especificado

(por dicho título) el concepto posesorio, ahora que el título ha agotado su virtualidad configuradora, por haber quedado desvalorizado, pregonará la falta de un concreto animus possidendi, impidiendo en consecuencia que la posesión sea disfrutada en concepto de dueño. De otro lado, se ha de reconocer que la voluntad del dueño, tampoco da pié para la tolerancia, pues aunque este sujeto permite que se siga disfrutando de la cosa, no la concede bajo un concepto que le otorga al poseedor una posesión de la cosa en nombre propio. La reclamación del objeto no cambia tampoco la situación de mera tolerancia con que automáticamente se continúa la posesión tras la extinción del título.

En este apartado se pueden incluir:

1º.- Las situaciones posesorias posteriores a la extinción de un título (ej. arrendamiento, usufructo, representación; también cumplimiento de la condición resolutoria en las transmisiones del dominio).

2º.- Situaciones posesorias derivadas de títulos impugnados (anulación, rescisión).

3º.- Situaciones posesorias derivadas de una interversión del título (ej. constituto posesorio en el que no se pacta el concepto en que se retendrá la cosa: abstracto; entrega instrumental).

-166- C.- ACTOS POSESORIOS EJECUTADOS POR GESTION

El artículo 1942 del C.c. no limita a las categorías de actos que señala la imposibilidad de que se produzca la usucapión. Por ello, junto a los actos posesorios ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia pueden admitirse otros tipos. Es de suma utilidad agrupar a los actos de quien actúa apoyándose exclusivamente en la propia voluntad, en interés de la posesión de otro sujeto: Tal es el poseedor por "gestión".

La gestión, no es una categoría posesoria directamente recogida en el Código Civil, pero la noción de gestión que en otro lugar desarrolla (art.1893 C.c.) es aplicable a la posesión. Hay gestión, cuando sin la ratificación del dueño, un sujeto se constituye en poseedor en su nombre. Por dos razones: Porque, de buena fe, se constituye en poseedor inmediato de la cosa, en interés del dueño, pero reteniendo también la cosa, en nombre propio, bajo un concepto limitado (ej. arrendamiento, depósito); porque guarde la cosa exclusivamente en interés del dueño (ej. quien encuentra la cosa perdida y la conserva para quien resulte ser su propietario).

Lo que caracteriza a la gestión es su constitución unilateral y el retenerse la cosa en interés ajeno. Aunque no parece suficiente para atribuir la posesión al dueño (comp.art.439), si éste no la ratifica, viene a configurar la situación posesoria del gestor como no apta para la usucapión.

-167- VI.- PARTICULARIDADES DE ALGUNOS TITULOS

Después de haber señalado la influencia del título en la configuración de la posesión ad usucapionem parece conveniente completar este estudio destacando la influencia que ejercen ciertos títulos sobre la posesión que les subsigue, con referencia a la usucapión.

A.- Título nulo o inexistente.

-168- Influencia sobre el concepto en que se tiene la posesión

Para nuestra consideración entenderemos la nulidad en sentido amplio, abarcando a los negocios imperfectos, inexistentes, y prohibidos:¹⁶⁰⁾ En todos estos casos el carácter del título impide que la entrega esté precedida de causa (art.460,2º lo que no sólo repercute sobre la transmisión jurídica (art. 609, 1095 C.c.), sino también sobre el carácter de la posesión que se transmite.

En nuestro Derecho la entrega debe ir precedida de causa, incluso a los solos efectos posesorios (art.460,2º C.c.), y cuando carezca de ella no podrá producir los que le son inherentes, en relación con la usucapión.¹⁶¹⁾ En este caso la transmisión de la cosa (entrega) tiene virtualidad jurídica plena en cuanto al corpus, y ^{el} accipiens adquiere el poder material sobre ella, como hecho que no puede negarse jurídicamente. Mas

el concepto de la posesión conferida no es apto para usucapir: la ausencia de causa descualifica a la posesión recibida y la entrega no ha de significar más que una justificación de la misma, que vale para cualificar a la situación posesoria de meramente tolerada. Contra la calificación del Derecho, que niega la existencia del título, no tiene valor la voluntad de las partes que configura la apariencia negocial. Por eso, excepto si el poseedor demuestra positivamente poseer en concepto de dueño (interversión justificada), su situación posesoria no está cualificada para la usucapión.

Para que el accipiens pueda constituirse en poseedor ad usucapionem, a pesar de la inexistencia del título, será preciso que demuestre externamente su voluntad de poseer. Con ello comienza una posesión independiente del título (por ocupación), pero de carácter ilícito, en la medida en que la apariencia negocial justifica su tenencia (tenencia no viciada). Por razón de ésta independencia la posesión ad usucapionem no se adquiere derivativamente y por tanto, no aprovecha el tiempo de posesión disfrutado por el antecesor (art.1960,1º C.c.).

-169- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Nuestro Tribunal Supremo ha puesto de relieve en las sentencias de 13 marzo, 1952 la "incosecuencia que supone el que reconocido por el mismo recurrente haberse probado en autos la imperfección del título de donatario alegado, se pretenda fundar en esta cualidad, precisamente, la posesión de los bienes en concepto de dueño" (argumento a mayor abundamiento). Este

pronunciamiento recayó en juicio de desahucio por precario en el que el demandado oponía a los desahucientes una supuesta donación verbal hecha por el abuelo de éstos a su causante; ni en las instancias ni en casación se dió lugar al mismo, aunque en uno de los motivos, el recurrente argumentara la violación de artículo 1959 del Código, al no haber estimado la Sala de instancia ^{la}prescripción adquisitiva extraordinaria, en base a la posesión por más de treinta años y, según el recurrente, en concepto de dueño. El Tribunal Supremo negó la existencia del título de donación, pues, aunque fuera cierta la alegación, estaría afectada del vicio de invalidez, por faltarle el requisito formal que exige el art. 633 del C.c.; apoyándose en la nulidad del título niega también la usucapión extraordinaria, por faltarle la posesión en concepto de dueño.

En otra sentencia de 25 junio, 1966 se vuelven a invocar semejantes razones, a mayor abundamiento, al contemplar el caso de una donación de inmueble nula por carecer de adecuada forma escriturada (art. 632 C.c.). Tal nulidad no sólo le impide ser justo título en la prescripción ordinaria sino también que se adquiriera, por virtud de ella, la posesión en concepto de dueño a los efectos prevenidos en los artículos 447 y 1941 C.c. Escuchemos las palabras del pronunciamento de nuestro Tribunal Supremo "aún la prescripción extraordinaria que no requiere justo título pero sí que aquella (la posesión) se adquiriera y se disfrute en el concepto expresado (concepto de dueño), le estaría vedada al recurrente".

-170- Repercusiones de la nulidad del título sobre algunas formas de entrega

Desde antiguo nuestra doctrina destacó la influencia de la nulidad del título sobre ciertas formas de entrega,¹⁶²⁾ conclusión a la que igualmente se llega replanteando la cuestión con arreglo a nuestros actuales textos jurídicos.¹⁶³⁾ En este cometido debemos distinguir dentro de las formas espiritualizadas de la cesión de posesión aquellas que operan a través de negocio secundario, o por un acuerdo traditivo de las que son consecuencia de la espiritualización del corpus possessionis. Dentro de las primeras se encuadra el constituto posesorio, la entrega instrumental y la brevi manu. Entre las segundas la entrega de llaves, el señalar el lugar donde se encuentra la cosa, la puesta a disposición del adquirente...

El constituto posesorio y la entrega instrumental (que es un pacto de constituto incorporado al otorgamiento de la escriturapública) tienen la eficacia de una cesión posesoria (art. 1462, II; 1463, C.c.) porque el Derecho les ~~re~~reconoce tal alcance, por el armónico juego de dos negocios contrapuestos con sendas obligaciones de entrega, que evitan el desplazamiento de la cosa. Cuando es nulo el negocio principal (ej. compraventa), no puede operar la transmisión del objeto. Al no perder el transmitente la condición de dueño, no se justifica la retención del objeto bajo el concepto limitado que señala el negocio secundario, lo que sería ~~base~~ base para la transmisión de la posesión.

En cambio la nulidad del negocio adicional (ej. arrendamiento pactado como causa de retención), no impide al constituto operar la transmisión de la posesión: porque la voluntad de las partes es suficiente para justificar, por mera tolerancia, (constituto abstracto) la retención del objeto, base de esta forma de entrega.

La traditio brevi manu implica también un mecanismo destinado a la entrega, aprovechando la interversión bilateral del "concepto" que favorece a quien ya poseía (ej. como arrendatario), por el hecho de que al nuevo título, que amplía el concepto de su posesión, se añade un acuerdo translativo. La ausencia de causa impide que en este caso se reconozca la interversión, y por más que transmitente y adquirente deseen otra cosa, la posesión, seguirá manteniéndose en el mismo concepto en que se tuviera. Pero advirtamos en este caso, que admitida la interversión unilateral, la tenencia de que disfruta el adquirente, puede permitirle por ese camino, llegar a ser poseedor en concepto de dueño, incluso desde el momento del acuerdo transmisivo. La nueva posesión, así obtenida, queda justificada frente al transmitente por el consentimiento prestado en el supuesto negocio causal, pero la ausencia de causa impide que a ella se anude la posesión del causante (art.1960,12): La adquisición es a título originario.

En cuanto a las formas de entrega que suponen un apoderamiento espiritualizado, producen sus efectos de transmitir la posesión del objeto con independencia de la causa, porque en este

caso la entrega no es producida por negocio o cláusula, sino por la puesta en poder, espiritualizada, del objeto. La ausencia de causa influye en cuanto al concepto en que se recibe la cosa, que queda descualificado para la usucapión (mera tolerancia).

-171- Adquisición de la posesión por ocupación

La entrega material que no implica cesión de posesión, por carecer de causa, crea una posesión de hecho, catalogable entre los "actos meramente tolerados" ¿Cómo será posible al poseedor cambiar esta valoración jurídica de su situación posesoria?

En estos casos, es cierto que la falta de causa impide la transmisión de la posesión, pero también se debe considerar que el comienzo de la usucapión está muy facilitado, porque al haber existido consentimiento del dueño al iniciarse la posesión de la cosa, es más sencilla la interversión del concepto de la posesión. Para convertirse en poseedor en concepto de dueño, le basta al accipiens exteriorizar públicamente (y no sólo frente al dueño, art. 1941 C.c.) que posea la cosa para sí; y ello incluso queda facilitado por la apariencia negocial, que exterioriza un concepto (putativo) en la posesión. Desde esta apariencia negocial debe valorarse el comportamiento intervertiente del poseedor, no porque al mismo le sea imposible practicar con otro alcance la interversión unilateral, (con carácter no lícito), sino porque es natural que al aprovecharse de la publicidad que a su posesión presta tal apariencia para facilitar la

intervención de la misma, quede la posesión conectada al concepto que arroja la precedente apariencia negocial.

B.- Título anulable

-172- Características del mismo

El juego de este tipo de nulidad, según señala el profesor D. Federico de CASTRO, se basa en que el negocio tiene un vicio invalidante no visible, y también sanable fácilmente a voluntad del protegido; vicio que podrá determinar la nulidad radical del negocio, pero sólo por la declaración judicial.¹⁶⁴⁾

La situación creada, "indecisa y transitoria"¹⁶⁵⁾ se manifiesta en una cierta eficacia (comp.art.1895 C.c.), aunque no sea de carácter definitivo. Esta caracterización jurídica es el efecto de la subordinación de este tipo negocial a su finalidad protectora: Sirve para proteger a las personas incapaces para prestar consentimiento (art.1263) y a quienes lo han prestado afectado de un vicio: error, violencia, intimidación o dolo (art.1265). Su anulación exige el ejercicio de la acción pertinente, cuya interposición se abandona a la discrecionalidad del incapaz y de los que emitieron el consentimiento viciado.¹⁶⁶⁾

Estas notas generales del negocio anulable han de influir forzosamente en la disciplina de la posesión ad usucapionem adquirida por consecuencia del mismo: En las relaciones entre el protegido y el adquirente y en la usucapión del adquirente frente a tercero. ¿Puede la usucapión llegar a borrar el carácter

anulable del negocio, en perjuicio del protegido? ¿Impide la naturaleza del negocio que el adquirente (no protegido) consume la usucapión frente al tercero propietario?

Advirtamos, para situarnos en la materia, que consideramos el caso en que el protegido es el transmitente. Así se centra en el nuevo poseedor toda la problemática de la usucapión.

-173- Usucapión del adquirente frente al transmitente

La naturaleza protectora del negocio anulable no se borra aunque el adquirente permanezca en posesión, por tiempo suficiente para usucapir. Un ejemplo nos ayudará a centrar la cuestión: A., menor de edad, vende un reloj de oro, de su propiedad, a bajísimo precio. Tres años después de su mayoría de edad, cuando han transcurrido ocho desde la fecha de la venta, pide la anulación de ésta. ¿Puede la prescripción adquisitiva impedir dicha anulación?

Parece indudable que la usucapión no puede borrar el carácter protector del negocio: El título anulable configura la naturaleza de la titularidad y posesión adquiridas. Por otra parte quedaría limitado el significado protector de la anulabilidad: Al igual que este carácter de protección justifica que al sistema normal en la regulación de la adquisición de frutos por la posesión (art.451 C.c.) se anteponga otro, que no hace excepción a la obligación de devolverlos, por razón de la buena fe del sujeto, de la misma manera ha de explicar que no sea

posible que el título anulable quede confirmado por la usucapión.

Por consecuencia, mientras esté vigente la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su eficaz ejercicio por el sujeto protegido.

-174- Usucapión frente a tercero.

Hay casos en los que se plantea la cuestión de si el que adquiere una cosa por un negocio anulable, puede consumir frente a tercero, propietario, la usucapión del objeto sometido a la impugnación del negocio. Tales serán cuando el transmitente (protegido), no sea dueño de la cosa.

El sistema de la anulabilidad está establecido para proteger a un contratante (art.1302), en razón de su falta de capacidad o del vicio de la voluntad, pero no para proteger a tercero, aunque sea el titular. Por ello los principios que dominan el régimen de la usucapión han de prevalecer frente a este sujeto. La adquisición por usucapión se produce, y no se oculta que tal acontecimiento podría tener importantes repercusiones en las relaciones establecidas entre las partes, dentro del marco del título anulable. Por un lado, ya sabemos que la usucapión podrá impedir la anulación del negocio, pero por otro, y esta es la cuestión que ahora nos importa, ¿podrá aprovechar al transmitente (protegido) la usucapión del adquirente, frente a tercero, en caso de anularse el contrato? La contestación a esta pregunta exige diferenciar dos tipos de circunstancias.

Si el tradens, por ostentar ya la condición de poseedor ad usucapionem, transmitió al accipiens su situación, de manera que éste adquirió la posesión derivativamente (comp.art.1960,1º), declarada la nulidad, quedará favorecido por la usucapión • tiempo de posesión de este sujeto. Es una consecuencia del sistema de la anulabilidad, posible por la unión de las situaciones posesorias de ambas partes.

Si, por el contrario, el transmitente no era poseedor ad usucapionem (ej. menor que encuentra un reloj perdido y lo vende) no podrá favorecerle la eventual adquisición del accipiens, pero ésta, a su vez, queda condicionada en su eficacia, a la definitiva sanación del negocio anulable. La retroacción de la invalidez, efecto típico de la anulación, hace descartable otra solución. Es preciso que los contratantes se restituyan las cosas que hubiesen sido materia del contrato (art.1303), sin que deba tenerse en cuenta si el transmitente era titular de la cosa que transmitió, para impedir, en caso contrario, esta restitución.

-175- C. Título rescindible

El negocio rescindible nos vuelve a plantear problemas en relación con la usucapión. ¿Pueden conducir a la misma las situaciones posesorias que él engendra?. Parece forzoso hacerse esta pregunta, por haber partido en el estudio de la posesión en concepto de dueño del carácter objetivo de la misma, con referencia al título.

El negocio rescindible, por sus notas: validez inicial y posibilidad de ser declarado ineficaz,¹⁶⁷⁾ no impide, mientras que se mantiene válido, que exista y llegue a consumarse la usu capión. La doctrina guarda silencio sobre esta cuestión y son di fíciles de encontrar pronunciamientos jurisprudenciales en tor no a ella, quizás por lo poco frecuente que resulta en la prác tica debido al juego repectivo de los plazos de usu capión (arts. 1955,1957,1959 C.c.) en relación con los más reducidos de ca ducidad de la acción rescisoria (art.1299,I). No se excluye que puedan darse casos, para los cuales convenga formular un críte rio, ya que con respecto a las personas sujetas a tutela y los ausentes, los cuatro años de la acción rescisoria no empiezan a contarse hasta tanto no haya cesado la incapacidad de los prí meros, o sea conocido el domicilio de los segundos (art.1299, II C.c.), excepción que permitiría al adquirente llegar a ser titular por usu capión, cuando aún no haya caducado la acción rescisoria (ej. negocio celebrado por el tutor del que permane ce en la locura durante cuarenta años).¹⁶⁸⁾

Hay que reconocer que la usu capión consumada gracias a la posesión en concepto de dueño que se obtiene a amparo de la va lidez inicial del título rescindible, supondrá un límite a la acción revocatoria y restitutoria. Mas pronunciada una senten cia rescisoria que declare la invalidez del título se interrum pirá la usu capión que aún esté en curso, por interversión del concepto en que se posee, pues el título que potenciaba la usu capión queda invalidado, con la consecuencia automática de in-

terrumpirse el curso de la misma.¹⁶⁹⁾ En la regulación de este tipo de interrupción civil de la posesión, se tendrán en cuenta las normas que al mismo destina el Código en los artículos 1945 ss., de las cuales tratamos ampliamente en el capítulo segundo de la segunda parte de este trabajo.

-176- D.- Título simulado

Respecto a la influencia de la simulación del título sobre la posesión ad usucapionem, ~~se deben separar~~ los dos tipos de simulación que generalmente establece la doctrina: simulación absoluta y simulación relativa.

a) En la simulación absoluta no existe título; esto hace que la entrega, por ambas partes (tradens y accipiens) se haga sin ánimo de transmitir o adquirir la posesión ad usucapionem. Sólo hay una apariencia de animus, correspondiente a la aparencia comercial, que no puede suplir, respecto a las partes, a la verdadera voluntad posesoria. Por consiguiente, la posesión que se adquiere no conduce a la usucapión por no poder ostentarse en concepto de dueño,¹⁷⁰⁾ y si el tradens no fuera titular, le aprovechará, para usucapir, la posesión del accipiens.

b) En la simulación relativa el animus con que se ejerce la posesión subsiguiente se corresponde con el que resulta del negocio disimulado, pues el otro negocio (simulado) no existe. Amparándose en él y en la posesión que el mismo configura es posible obtener por usucapión el derecho transmitido en virtud del citado negocio.¹⁷¹⁾ (así en la sentencia de 20 noviembre, 1964).

-177- E.- Título fiduciario¹⁷²⁾

En nuestra jurisprudencia se ha planteado directamente la cuestión de la posesión ad usucapionem que ostenta el fiduciario frente al fiduciante, y las sentencias de 3 mayo, 1955 y 10 noviembre, 1958, han negado que el fiduciario cum creditore fue se poseedor en concepto de dueño.

La sentencia 10 noviembre, 1958 afirmaba: "La posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1941 del Código y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia a él o sus causantes por título hereditario". La sentencia 3 de mayo, 1955 refiere igualmente el concepto en que se posee al título, por lo cual el negocio fiduciario no puede atribuir posesión en concepto de dueño.

-178- F.- Posesión proveniente de donación

Se señala la fragilidad de la relación comercial respecto a los derechos nacidos de títulos con causa gratuita.¹⁷³⁾ Ello obliga a preguntarse si esta misma fragilidad caracteriza al derecho adquirido por usucapión, cuando la posesión que la motiva tuvo su origen en un título gratuito (cpr. art. 460, 2º C.c.) Para mejor centrar esta cuestión es conveniente distinguir entre la usucapión ordinaria y la extraordinaria. La primera, se ha considerado muy influida por el carácter del título.¹⁷⁴⁾ En cambio, en la extraordinaria, más alejada del influjo del título y basada fundamentalmente en la posesión (art. 1955 II, 1959),

sólo podríamos entender que el título gratuito repercute sobre el carácter del derecho usucapido si el mismo puede ejercer alguna influencia sobre la posesión ad usucapionem.

-179- Delimitación del supuesto a analizar

Como tratamos de estudiar la influencia del título gratuito sobre la posesión que conduce a la usucapión, hemos de situar nuestro análisis en la usucapión extraordinaria. Presupongamos:

1º.- Que media título y que éste es válido. Si el título no existiera o fuese nulo no cabría plantear cuestión sobre la influencia del mismo en relación con la usucapión:¹⁷⁵⁾ No habría donación.

2º.- Que existen vicios en los presupuestos de transmisibilidad del título, por falta de titularidad del derecho en el transmitente, o por ausencia de la libre disposición de la cosa (arts.1950 y 1160 C.c.).

-180- Razones que justifican la influencia del título gratuito sobre la posesión ad usucapionem

Antes de estudiar en términos concretos si existe esta influencia, convendrá plantearse con carácter general la posibilidad de la misma, considerando las razones que puedan justificarla. En su pro encontramos las siguientes:

12.- Si en la posesión ad usucapionem se fija el animus objetivamente, en cuanto al derecho a que la misma se refiere (art.436), ¿por qué no extender la influencia objetiva del título a otras notas del mismo, como su carácter gratuito, que puedan tener en su día repercusión sobre la titularidad usucapida?. Nada impide que se reconozca esta influencia, y hasta quizá sea conveniente, pues aunque dierto sea que la voluntad del sujeto puede querer ejercitar un derecho sin las restricciones inherentes a las adquisiciones gratuitas, también hay que considerar que ella acepta la donación (art.629), como medio de adquirir, y deben afectarle las influencias que pudieran derivarse de este tipo de negocio, las cuales persistirán a través de la posesión, salvo posterior interversión (art. 436).

22.- La posibilidad de este influjo se infiere también del texto de artículo 460, 2º del Código Civil: "El poseedor puede perder su posesión: por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito". De no haberse querido dar ninguna repercusión práctica a la dualidad de títulos que señala este artículo, no hubiera hecho falta recogerla en el código. Mas su inclusión tampoco puede ser argumento suficiente para llevarnos a concluir que la influencia del título gratuito sobre la posesión se produce en todo caso, y con el mismo alcance con que opera en las transmisiones de normal eficacia.

De lo dicho se puede concluir que es posible y beneficioso dar alcance configurador de la posesión ad usucapionem al título gratuito que motive su adquisición; pero es preciso concre-

tar, más esta influencia, como intentaremos hacer a continuación.

-181- Repercusiones concretas del título gratuito

Las repercusiones del título gratuito en contacto con la usucapión se producen, caracterizando a la titularidad adquirida o caracterizando a los bienes transmitidos.

1.- Caracterización de la titularidad

Admitiendo que el título gratuito ejerce influencia sobre la posesión obtenida a través del mismo (art. 460, 2º), sólo podrá alcanzar este influjo a la titularidad obtenida por usucapión, si la cosa transmitida tuviera un cierto arraigo en el patrimonio del donante. Cuando el donante no sea dueño de la cosa, los acreedores no podrán impugnar la donación, pues no pertenece la cosa al patrimonio del donante (art. 1297-II C.c. y 37 L.H., en relac. con art. 1111 C.c.)¹⁷⁶⁾ y está sustraída al ejercicio de sus derechos; los legitimarios tampoco han podido ser perjudicados (art. 634, 636, 654, 644 C.c.); el donante no podrá revocar la donación (art. 647 C.c.). Mas si el donante era dueño de la cosa, y al no poder transmitir su dominio (art. 1950) ha limitado la eficacia de su acto generoso a constituir al donatario en la condición de usucapiente, nos hallamos ante un dilema: O el título es nulo (ej. interdicción civil, art. 43 C.P.)¹⁷⁷⁾ y por tanto no podrá influir sobre la posesión; o es impugnabile, en cuyo caso no impide la transmisión del derecho. Sólo si el donante, aun no siendo dueño, tuviese la condición de poseedor ad usucapionem, transmitiéndola al donatario, podrían surgir dudas sobre

la naturaleza de la titularidad que llegara a obtener este sujeto. Todo depende del carácter con que se encuentre en el patrimonio del donante la condición de usucapiente. Se trata sólo de una situación de hecho. No ingresa en el patrimonio porque está basada en la actividad del poseedor y es incierta su persistencia, hasta el momento en que consumada la usucapición ingrese la cosa en dicho patrimonio; pues entre tanto pertenece al vetus dominus. La posibilidad de impugnar la renuncia a la prescripción ganada, con que se favorece a los acreedores no es extensible a la renuncia, en favor de otro sujeto de la condición de poseedor usucapiente (comp. arts. 1935-I; 1937 C.c.).

También en la calificación del título gratuito, respecto a los bienes sujetos a reserva (arts. 811, 812, 968 C.c.), debe exigirse que los bienes existan previamente en el patrimonio del donante.

-182- 2.- Caracterización de los bienes

En el Código Civil se caracterizan, en ocasiones, ciertas clases de bienes por el título de su adquisición, con miras a un determinado efecto: Esta caracterización abarca a los adquiridos por título gratuito (arts. 160, 878, 1396-2º C.c.). La consideración del título que precedió a la posesión ad usucapionem y el carácter gratuito del mismo, no quedan borrados porque la usucapición haya sido el medio inmediato de adquirir el derecho sobre la cosa: la gratuidad del título no se borra.

En el artículo 1396-2º se califican de bienes propios de cada cónyuge a los adquiridos durante el matrimonio por título lucrativo; aquí la duda surge acerca de si debe atenderse, en los casos en que no baste el título y medie la usucapión, al carácter del título, tan sólo, o considerar que la posesión que ella implica significa una colaboración actuada por los dos cónyuges, con lo cual el bien, tal vez, podría calificarse de ganancial (art.1401-2º). Las dudas se disipan si se tiene en cuenta, que es eventual que el corpus possessionis se ejercite por el trabajo ¹⁷⁸⁾ y, de otro lado por el reconocimiento que merece el relevante significado del título. Por todo ello los bienes a que nos referimos deben considerarse como obtenidos a título gratuito.

-183- G.- Condición suspensiva

La condición suspensiva, por incidir sobre el título de usucapión, paralizando sus efectos, nos plantea cuestiones referidas tanto a la usucapión ordinaria como a la extraordinaria. La problemática jurídica de las primeras se cifra en si puede considerarse justo título al condicionado suspensivamente (art. 1952 C.c.); tal indagación no corresponde a los límites de este trabajo. La problemática de las segundas se centra en la cuestión de cómo se adquiere derivativamente la posesión a través del título condicionado. Este punto concreto, en el cual pretendemos centrar nuestro análisis, ha sido generalmente descuidado por la doctrina, más interesada por la primera cuestión.

-184- Efectos inter partes

En las obligaciones condicionales, (con condición suspensiva), la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituya la condición (art. 1114 C.c.);¹⁷⁹⁾ por eso el deudor puede en este tiempo repetir lo pagado (art. 1121, II, C.c.). La cuestión fundamental que ofrece este tipo de condición en relación con la usucapión es si, por virtud de ésta, puede borrarse el carácter condicionado del título, produciéndose la transmisión definitiva del derecho.

Supongamos que la cosa que ha sido objeto de la obligación de dar se entrega al accipiens, con lo cual, pendiente la condición, no se le ha transmitido ningún derecho¹⁸⁰⁾ (art. 1114 y 1121, II). Supongamos también que esta situación posesoria se prolonga y transcurre el tiempo de usucapión extraordinaria cuando la condición aún no se ha cumplido. Sobre esta situación de hecho podemos hacernos dos preguntas:

1ª.- ¿Puede el adquirente dejar sin efecto a la condición no cumplida, consumando la usucapión?; en otros términos, la posesión ad usucapionem que se deriva de un título condicionado ¿puede modificar la naturaleza condicional del mismo?

2ª.- Si del título no se derivara la transmisión del derecho y sólo sirviera para colocar al adquirente en situación de poseedor para usucapir ¿en qué momento iniciará éste la usucapión, si media un título con condición suspensiva? Advirtamos que esta cuestión puede resolverse dando comienzo a la usucapión en el momento de la entrega, aunque aún penda la condición

o en el momento del cumplimiento de dicha condición, si llegara a sobrevenir.

La segunda cuestión se sitúa fundamentalmente en el momento del cumplimiento de la condición, porque ahí se nos plantea la temática de la retroacción de los efectos y, concretamente, la posible iniciación de la usucapión ex tunc, desde el momento de la entrega de la cosa.

-185- 1.- Condición pendiente

Pendiente la condición el poseedor tiene la cosa para aquél que resulte favorecido por el cumplimiento o incumplimiento de la misma. El título condicionado carece de plena eficacia jurídica, por eso mientras que esté pendiente la condición impide que el poseedor posea la cosa exclusivamente para sí.

El efecto condicionante del título incluso respecto a la posesión hace imposible que la usucapión puede aplicarse para la adquisición del derecho, borrando el carácter del título. La posesión que le subsigue está configurada por él. Sólo excepcionalmente, por virtud de la interversión, que supondría un comienzo unilateral de una posesión exclusiva, de espaldas al título condicionado, podría el adquirente contrariando la naturaleza del título, consumir para si la usucapión, aun estando pendiente la condición.¹⁸¹⁾

Al no ser estimable la voluntad subjetiva del poseedor, no tendrá, en sí, ningún significado, el hecho de que éste crea cumplida la condición,¹⁸²⁾ pues aunque ello significase un cambio en el animus, sería preciso que el mismo se expresase en el corpus y se hiciese público (art.1941).

-186- 2.- Condición cumplida: La retroacción del efecto con referencia a la usucapión

La firmeza que adquiere el título al cumplirse la condición, potencia la transmisión de todos los derechos, y en cuanto a la usucapión permite al adquirente, que no se haya hecho t titular con la entrega, aprovecharse, con exclusividad, del tiempo de posesión disfrutado y que le quede por disfrutar.

La doctrina extranjera se ha bifurcado en dos posiciones en la consideración del efecto retroactivo del cumplimiento de la condición sobre la usucapión ordinaria (con buena fe y justo t título). Para unos autores se debe dar al título eficacia ab initio¹⁸³⁾ para otros la retroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición no justifica la usucapión en el tiempo en que ella estuvo pendiente, porque tal retroactividad opera respecto de los contratantes y no puede obrar en perjuicio de tercero, y además porque la retroacción no podría cambiar la cualidad del título, bajo cuyos efectos se ejercitó durante cierto tiempo la po sesión.¹⁸⁴⁾ Aunque estos argumentos se hayan centrado en la usucapión abreviada, pueden ser útiles a nuestra usucapión,

Nuestro Derecho, que en términos generales admite el efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida (art.1120 C.c.),

impone también que se retrotaigan los efectos de la misma, en cuanto a la posesión disfrutada para la usucapión. El efecto retroactivo se justifica en este caso, porque al quedar el título desprovisto de la condición viene a atribuir, definitivamente, la posesión disfrutada durante la pendencia a quien haya resultado beneficiado por el juego de la condición.

El argumento de BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER centrado en que no puede tener relevancia el efecto retroactivo para la apreciación de un elemento que, de hecho, debe existir en el comienzo de la posesión,¹⁸⁵⁷ puede ser correcto con relación a la usucapión ordinaria y al requisito del justo título, pero no lo será en la usucapión extraordinaria. El condicionamiento del título significa una indeterminación en torno a la definitiva eficacia del mismo, que no puede equipararse a la nulidad o in existencia inicial, por lo que la posesión que se disfruta, pen diente la condición, se aprovechará después de la definitiva fir meza del título. No hay ninguna ficción en ello, sino la forma específica de producir sus efectos unos concretos títulos, que crean un estado de indeterminación acerca del titular definitivo.

En el terreno práctico también se justifica este enfoque: Lo presumible es que el poseedor mientras mediaba la condición tuviera voluntad de poseer como dueño, aunque dicha voluntad no pudiera tener relevancia para configurar a la posesión como ejerc citada en concepto de dueño exclusivo, por impedírselo el carácter condicional del título. Cuando tal obstáculo desaparece, la

retroacción de la eficacia del título al mismo momento de su comienzo (art.1120 C.c.) ha de servir para considerar la voluntad que tuvo el sujeto, de poseer en concepto de dueño.

No es tampoco argumento suficiente para impedir esta retroacción, el perjuicio que por ella pudiera causarse a tercero, aunque el mismo se haya esgrimido por algunos autores.¹⁸⁶⁾ Si el transmitente bajo condición no es el verdadero dueño, y lo es un tercero, la eficacia retroactiva aneja al cumplimiento de la condición no vendrá, en el mejor de los casos, a empeorar la suerte del dueño, pues tal efecto se produce entre tradens y accipiens, sirviendo, tan sólo, para precisar cuál de estos sujetos se favorecerá de la usucapión. Excepcionalmente la retroacción del título podría perjudicar al dueño: Si el tradens, por poseer viciosamente no pudiese usucapir y el accipiens, poseedor sin vicios, fuese verdadero usucapiente. En este ejemplo con la retroacción se causaría un manifiesto perjuicio al dueño, pero su interés jurídicamente protegible no alcanza a impedirlo, ya que la inclusión en el negocio de una condición suspensiva se hace discrecionalmente por las partes, tan sólo para crear entre las mismas un estado de indeterminación respecto a la transmisión del derecho, de espaldas por completo a los intereses del propietario. Mas que quedar perjudicado el dueño por el cumplimiento de la condición suspensiva, debemos entender en el ejemplo propuesto, que la transmisión del derecho al colocar en la cosa a un poseedor no viciado, ha impedido que le siga reportando beneficios el carácter viciado de la anterior posesión.

Como el cumplimiento de la condición opera objetivamente sobre el carácter del título y éste a su vez sirve para configurar al animus del poseedor, es preciso reconocer que los efectos del cumplimiento de la condición se producen con independencia de que tal evento sea o no conocido por el que se encuentra en la posesión.¹⁸⁷⁾

-187- 3.- Condición incumplida

Por efecto del incumplimiento de la condición suspensiva se produce la inexistencia del título. ¿Qué suerte jurídica correrán la posesión y usucapión? GENTILE ha entendido que en este momento podrá iniciarse por el poseedor la usucapión extraordinaria en base a la posesión que conserva,¹⁸⁸⁾ mas tal opinión no es compartible. La decadencia del título, por efecto del cumplimiento de la condición suspensiva, conduce objetivamente, a la descualificación jurídica de la posesión subsiguiente, que se disfrutará por la mera tolerancia del otro sujeto, sin que tenga relevancia la voluntad del poseedor, salvo interversión del concepto posesorio.

-188- Efectos frente a tercero propietario

El juego de la condición, tal como se produce inter partes, tiene repercusiones respecto al propietario, persona distinta de los contratantes. Aunque ello ya lo hayamos señalado, convendrá reiterarlo para un mejor desarrollo sistemático de la materia.

Frente al titular, la condición crea, normalmente, una indeterminación sobre el sujeto que va a beneficiarse de la usucapión, pero no respecto a la existencia cierta de una situación posesoria, contraria a su derecho y con posibilidades de usucapir. Mientras que la condición está pendiente, podrá dirigirse indistintamente contra el transmitente y adquirente para interrumpir civilmente la usucapión.

En algunos casos ya referidos, la pendencia o el incumplimiento de la condición favorecerá al propietario (cuando el transmitente no pueda usucapir por estar su posesión viciada). Una vez cumplida la condición, los efectos de la misma son oponibles al propietario, para que éste no pueda alegar la posesión viciosa del anterior tenedor.

-189- H.- Condición resolutoria

El título condicionado por condición resolutoria, plantea, en relación con la usucapión, al menos, dos cuestiones: primera, forma de producirse la adquisición del derecho a través de ella; segunda, posible eficacia de la usucapión para borrar el carácter condicionado del título. De ambas interrogantes, la primera se suscita entre el adquirente y el propietario, sea el mismo transmitente o un tercero; en el caso de ser el transmitente, se comprende que la usucapión puede quedar afectada, en su eficacia, por el cumplimiento de la condición. La segunda está circunscrita, en todo caso, a las relaciones entre las partes que han intervenido en la transmisión condicional (transmitente y adquirente, o poseedor ad usucapionem).

Toda solución a esta problemática se ordena desde la previa estructuración conceptual de la condición resolutoria que, con arreglo a nuestro Código civil, no impide la eficacia inicial del título,¹⁸⁹⁾ aunque se opere limitadamente, por el posible cumplimiento de la condición (arts. 1113-II, 1114, 1123 C.c.). Estas limitaciones hacen del título que consideramos un título infirmo, con la consiguiente retroacción de sus efectos, tras el cumplimiento de la condición.

Por la eficacia del negocio, la posesión ad usucapionem, que le subsigue, se inicia, tanto frente al transmitente como frente a tercero, desde el momento en que, el adquirente obtiene por la entrega la posesión de la cosa. Pero la falta de firmeza del título se manifiesta en que la titularidad obtenida por la usucapión, queda subordinada a las vicisitudes del mismo, ya que la usucapión se desenvuelve desde el título, y por tanto no puede borrarse por ella su carácter condicionado. Esta subordinación se establece en interés o perjuicio de los sujetos intervinientes en el negocio, y al margen de tercero. Por ello la usucapión, una vez consumada, es definitivamente oponible al tercero dueño, y no, en cambio, al transmitente, dueño: Quedaría afectada por el cumplimiento de la condición, Para mayor claridad conviene referirse a las fases que atraviesa la condición.

-190- Condición pendiente

La condición resolutoria transmite el derecho (art. 1113-II, 1124); crea en el adquirente la condición de poseedor en concepto

de dueño; permite la usucapión.¹⁹⁰⁾ La titularidad que se alcanza a través de ella será oponible, desde luego, a tercero, pero frente al transmitente queda subordinada al incumplimiento de la condición: Cumplida la condición no se puede retener la cosa.

-191- Condición cumplida

El cumplimiento de la condición interrumpe automáticamente la usucapión: Desaparece el título¹⁹¹⁾ y la posesión se transforma en meramente tolerada (art.1942 C.c.). En ocasiones, la usucapión estará consumada al producirse este acontecimiento.¹⁹²⁾ En este caso, si el transmitente era el dueño, el cumplimiento de la condición le permite readquirir, automáticamente el derecho, sin necesidad de entrega. Es más, aunque el titular fuera un tercero, el pacto resolutorio permite al transmitente recuperar la cosa, a pesar de la usucapión, porque el mismo se sitúa en una época anterior a la adquisición del derecho.¹⁹³⁾ Al recuperar la cosa obtiene el tradens la titularidad ganada por la usucapión de la otra parte, ya que el cumplimiento de la condición hace que a él favorezca la posesión del contrario.¹⁹⁴⁾ Y antes de que la cosa sea recuperada, puede oponer al tercero dueño la usucapión alcanzada, pero en provecho del transmitente.¹⁹⁵⁾

-192- Condición incumplida

Al perfeccionarse la transmisión y perder su carácter infirme por no sobrevenir el cumplimiento de la condición, deja de ser condicionada la titularidad adquirida. La usucapión puede po

nerse, en provecho propio, frente a cualquier sujeto.

-193- I.- Titularidades temporalmente limitadas

Efectos propios del término

El término provoca una sucesión de titularidades, preestablecida en el título adquisitivo (art.641, cuando la cláusula de reversión esté sometida a término; 805; 781 C.c.) o en la misma ley (ej.art.811;513,2º y 515 C.c.) en atención a una fecha cierta o incierta, aunque de advenimiento necesario (1125 C.c.).

Cada una de las titularidades que se suceden en el tiempo no puede ser considerada aisladamente: Hay una recíproca concatenación entre las mismas, no sólo externa, (sucesión en el tiempo), sino interna (coexistencia de titularidades),¹⁹⁶⁾ según se aprecia en un planteamiento realista y no dogmático de la figura. La coexistencia de titularidades se infiere: del carácter necesario que tiene el término (ha de llegar); de la ausencia de efecto retroactivo al sobrevenir, diferencia que le separa de la condición (art.1120 C.c.); de la protección que en estos casos dispensa el ordenamiento a los diferentes titulares (art.1127, 1129, 1915,805,783-II, 973,975,976,480 C.c.; 480 C.de C.). Las titularidades coexistentes no implican una cotitularidad actual, ya que están delimitadas pro rata tempore.

-194- Coexistencia de titularidades temporalmente limitadas referidas a un mismo tipo de derecho de carácter real

En relación con la usucapión nos interesa la coexistencia

de titularidades temporalmente limitadas en cuanto éstas se refieren a un mismo derecho de carácter real (ej. arts. 641, 805, 781, 811, 968 C.c.) (negocio con término final).

El principio normativo que engendra esta situación (negocio o ley) impide que la posesión disfrutada por el sujeto que tiene la tenencia de la cosa pueda redundar en su exclusivo beneficio. En esta situación uno de los titulares es poseedor de hecho y junto a él existen o otros sujetos que se benefician de su posesión según la delimitación temporal de titularidades que señala el título. La posesión ad usucapionem que se ejerce por el poseedor de hecho no ha de ser en concepto de dueño exclusivo, y por eso la usucapión conseguida a través de ella aprovecha a los demás titulares. Por otra parte la prolongada posesión de este sujeto, por no haber tenido aún lugar el advenimiento del término, no borra el carácter del título y no ha de servirle para consolidar una titularidad definitiva en relación con los bienes. Con este sentido ha sostenido nuestro Tribunal Supremo que no posee en "concepto de dueño" el heredero fiduciario (sentencia 6 marzo de 1958).¹⁹⁷⁾

-195- Titularidades temporalmente limitadas sin transcendencia real:
negocio con término inicial (art. 1125, 1130 C.c.)

Como en nuestro sistema la adquisición de los derechos reales precisa de la tradición (609 C.c.), el negocio sometido a término inicial no atribuye el adquirente ninguna titularidad real, aunque sí de carácter obligacional (art. 1127, 1129, 1915 C.c. y 883 C. de C.). La usucapión por ello, no se inicia ni frente al trans

mitente ni frente a tercero hasta que no se efectue la entrega de la cosa, tras el cumplimiento del término inicial. Pero si se realizase antes del plazo, comienza desde ese momento la usucapión (cfr.art.1126 C.c.), porque lo entregado se debía ya (comp. art.1129) y es irrepetible.

-196- J.- Cotitularidad

En la cotitularidad se muestran también las influencias del título sobre la posesión ad usucapionem: el título que la crea impide a cualquiera de los cotitulares, aunque sea poseedor de hecho, usucapir la cosa exclusivamente para sí (art.1933 C.c.). La cotitularidad engendra una coposesión (445 C.c.) en la cual la tenencia disfrutada por uno de los cotitulares, antes de realizarse la división, aprovecha a los demás,¹⁹⁸⁾ marcando la cuota de participación,¹⁹⁹⁾ la magnitud de lo poseído y lo usucapido.

Después de la división los actos posesorios que continúe realizando el que hasta entonces disfrutaba de la cosa, deberán continuarse interpretando (como por inercia de la situación anterior), actos de disfrute en beneficio de los demás partícipes (comp.art.1068).²⁰⁰⁾ En la medida en que estos actos traspasen los límites de la parte que le haya correspondido deben entenderse ejercitados por mera tolerancia y no aprovechan para la usucapión, sirviendo en cambio para que el corpus siga beneficiando a los demás partícipes (art.1942, 431 C.c.).

La jurisprudencia ha entendido que los bienes pertenecientes al caudal hereditario no pueden ser prescritos por un cohe-

redero (sentencia 16 mayo, 1962; 24 diciembre, 1928; 29 diciem
bre, 1905).

En el supuesto de la sentencia 29 diciembre 1905, la adju
dicación interina de los bienes hereditarios, "para el solo ob
jeto de administrar más fácilmente", no da lugar a la usucapión
aunque se realizaran actos que traspasan las facultades de admi
nistración. La posesión no se ha tenido en concepto de dueño ex
clusivo, sino "pro indiviso" y como copropietarios.

También ha dicho el Tribunal Supremo que la prescripción or
dinaria o extraordinaria "requiere como circunstancia esencial,
la posesión continuada del inmueble en concepto de dueño exclu
sivo" (S. 22 mayo 1896); el hecho que motivó esta declaración, al
desestimar los recursos de casación interpuestos por los dos li
tigantes fué sobre el terreno litigioso "vienen ejecutándose
distintos actos de posesión por las dos partes contendientes"
(colindantes). Su doctrina no se opone a la usucapión del obje
to común por un copropietario, pero es preciso que lo haya po
seído de modo exclusivo, quieta, pacíficamente y en concepto de
dueño S.8, junio 1948; cita S. 14 abril 1904, 24 noviembre 1906,
6 junio 1917, 8 junio 1943.

PRIMERA PARTE

Estructura de la posesión "ad usucapionem"

SECCION SEGUNDA

Caracteres de la posesión "ad usucapionem"

Al desenvolver el estudio de las notas caracterizadoras de la posesión que conduce a la usucapión se no tará la ausencia de la ininterrupción. Ello se debe a que esta materia queda desenvuelta en la Parte 2ª, cap. II de este trabajo.

C a p i t u l o P r i m e r o

P o s e s i ó n P ú b l i c a

Capítulo Primero

P o s e s i ó n P ú b l i c a

La posesión para usucapir ha de ser pública (art.1941 C.c.¹⁾ Presupuesta la existencia de una verdadera posesión, esta nota es una cualidad sobreañadida que la hace idónea para la usucapión.

-197- Posesión que no es pública y posesión clandestina: diferencias

Junto a la falta de publicidad de la posesión que impide la usucapión (art.1941 C.c.), el Código señala el vicio de la clandestinidad de la posesión (art.444 C.c.). Posesión no pública y posesión clandestina deben ser separadas pues tienen significados jurídicos diferentes.²⁾

La clandestinidad es un vicio general que alcanza a todo tipo de posesión, impidiendo que un contacto con la cosa de carácter posesorio pueda ser cualificado de verdadera posesión. Según señala el Código "los actos.... ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa... no afectan a la posesión " (art.444 C.c.).

Hay clandestinidad cuando la adquisición de la cosa se hace sin el consentimiento del anterior poseedor y ocultamente. Como puede verse este vicio actúa a través de otro: Cualifica

desfavorablemente la toma de la cosa que está ya viciada por hacerse sin el consentimiento del poseedor. Las consecuencias de este vicio estriban en impedir que llegue a adquirirse la posesión aunque transcurra un año sin reclamaciones (art. 444 y 460 4º C.c.)³⁾. Por ellas se asegura la realización social del deber jurídico de respeto a la posesión ajena (art. 446 C.c.), colaborando en defensa de la paz jurídica.

Entre la tenencia clandestina y la posesión no pública, median importantes diferencias que conviene destacar:

1ª.- Aquella es una tenencia afectada por un vicio que le impide cualificarse como posesión. Esta es una posesión que aunque no se halle viciada, carece de una cualidad necesaria para la usucapión. En resumen, la clandestinidad impide que exista cualquier especie de posesión, y hasta tanto no cese, no se puede pensar, tampoco, en la existencia de la posesión "ad usucapionem".

2ª.- La clandestinidad atenta, directamente, contra la seguridad de los principios que regulan la posesión. La ausencia de publicidad, tan sólo impide el adecuado desenvolvimiento de los principios que dominan el régimen jurídico de la usucapión. La clandestinidad se veta porque ataca a la paz social; la publicidad se exige porque lo requiere el funcionamiento adecuado de la usucapión.

3ª.- El vicio de clandestinidad contempla especialmente al poseedor anterior. La ausencia de publicidad contempla, en cambio, al titular potencial.

El poseedor privado clandestinamente de su posesión, es el sujeto en quien se encarna la lesión inferida contra el orden jurídico, y en consideración del cual se califica de clandestina la nueva tenencia. Por ello no importa tanto que el hecho sea objetivamente clandestino, cuanto que no haya llegado al conocimiento del poseedor. Cuando este sujeto llegue a tener noticias de los actos contrarios a su posesión, aunque éstos no dejen de ser clandestinos, cesa la clandestinidad (art. 444 C.c.).

El carácter público de la posesión "ad usucapionem" es una cualidad exigida en consideración del titular;⁴⁾ porque la ausencia de publicidad le impediría llegar a conocer la posesión prescriptiva, cosa que le resulta necesaria para poderla interrumpir.

4a.- La posesión, que no es clandestina cuando ha sido adquirida con el consentimiento del anterior poseedor, puede no ser pública, en ese caso, si desde que hubo verdadero posesión y durante su desenvolvimiento no se ha ejercitado manifiestamente. El título bilateral no garantiza la publicidad de la posesión, pues sólo asegura la legítima sucesión en la misma, pero no la titularidad del transmitente. Como este título no tiene más que una publicidad inter partes, hay que asegurar, que el verdadero dueño puede tener noticia de la prescripción contraria a su derecho, mediante la exteriorización de los actos posesorios.

5a.- El lugar adecuado para el estudio del vicio de clandestinidad es el de los vicios de la posesión, y el idóneo para la posesión pública es la posesión "ad usucapionem".

En este trabajo nos corresponde estudiar, tan sólo, a la posesión pública, excluyendo de nuestro objetivo al vicio de clandestinidad, por corresponder al estudio de la posesión, desde un punto de vista general.

-198- La patentización de la posesión ad usucapionem

Dentro ya del marco de la posesión pública convendrá ofrecer una definición de la misma que nos sirva de orientación en su estudio. Tratándose de la nota de publicidad, predicada de la posesión "ad usucapionem" habrá de contener esta definición el siguiente elenco de ingredientes: La exteriorización, (la reclama la publicidad) predicada de los dos elementos que integran a la posesión "ad usucapionem" (corpus y concepto de dueño) y una referencia al tiempo, por cuanto que en él se desarrolla este tipo de posesión. Posesión pública en la que se exterioriza, en cuanto al hecho de la tenencia y en cuanto al concepto en que se posee, durante todo el tiempo de la usucapión.

-199- Fundamento de este requisito

Este requisito de la posesión "ad usucapionem" se funda en la necesidad de permitir al titular, que resultaría perjudicado por consecuencia de la usucapión, trabar conocimiento de la posesión que a ella conduce,⁵⁾ para así estar en situación de po-

derla interrumpir (art.1945 ss.)

Sin llegar a basar la usucapión en una presunción de abandono,⁶⁾ se debe exigir que la posesión que a ella conduce sea pública, para dar ocasión al titular de conocerla e interrumpirla.

-200- Ambito de la publicidad

Las manifestaciones externas de la tenencia se han de dirigir a la comunidad en general. No quiere esto decir que se orienten a todos los hombres y que cada uno de ellos llegue a conocer la existencia de la posesión: esto sería imposible. De lo que se trata es de que todo aquel que tome contacto con la cosa pueda encontrarla poseída. La publicidad de la posesión, es, por consiguiente, una publicidad potencial. Y más que en el conocimiento real y actual del hecho posesorio, se desenvuelve en la potenciación, limitada dentro del círculo social, del conocimiento del mismo por todos cuantos se relacionan con la cosa.⁷⁾

El titular es el sujeto directamente interesado en el conocimiento de la situación posesoria; pese a ello, no se impone hacia él una especial publicación de la posesión.⁸⁾ Llega al conocimiento de ella a través del eco que se produce en la comunidad de la que forma parte; que actúa a modo de caja de resonancia. Para él la publicidad consiste en la posibilidad de conocer la situación posesoria.

Aunque no sea necesario que el poseedor patentice directamente frente al titular su situación posesoria, sí es preciso que no trate de impedirle llegar a conocimiento de ella.⁹⁾ Por eso dejaría de ser pública la posesión que se disfrutase de forma que no pudiera llegar a conocimiento del titular. Esto nos lleva de la mano a la cuestión del animus celandi: Aunque esta voluntad se tenga sólo con respecto a un sujeto, el titular, y fuera de él la posesión se manifiesta a todos, no puede haber en ella publicidad.

-201- Actos de exteriorización del corpus possessionis: Contenido negativo de la publicidad de la posesión.

La publicidad se exterioriza positivamente en el uso normal de la cosa:¹⁰⁾ uso espontáneo con arreglo a la naturaleza de la misma. Más allá de esta natural exteriorización posesoria no es, normalmente, exigible otra.¹¹⁾ Por ello, es decir porque basta el uso que normalmente hace el poseedor que no intenta ocultar a nadie su posesión, la publicidad es connatural al hecho de la posesión, y la ausencia de publicidad exige una actividad positiva encaminada al ocultamiento. El contenido de la publicidad posesoria es, por consiguiente, negativo: No impedir artificialmente, la natural exteriorización de la posesión. Deja de ser pública la posesión cuando se oculta frente a la comunidad en general, o frente al titular en particular (carácter relativo del vicio).

La naturaleza de los bienes influye poderosamente en este sentido. Los inmuebles difícilmente se prestan a una posesión no pública, por eso al instalarse en ellos el poseedor, anuncia, muy a las claras, su tenencia. No obstante, la doctrina conoce también ejemplos de posesión de inmuebles sin publicidad.¹²⁾ Los bienes muebles se someten más fácilmente al ocultamiento, y entre ellos incluso hay diferencias según su naturaleza: no se oculta con la misma facilidad un automóvil, que un libro.¹³⁾ Aunque la naturaleza del objeto dificulte que la posesión pueda llegar a conocimiento del titular, no por ello deja ésta de ser pública si se ha ejercitado a través de la normal utilización del objeto.

-202- Exteriorización del concepto en que se posee

La posesión "ad usucapionem" no queda exteriorizada suficientemente si no se patentiza el concepto en que se posee, pues la misma está integrada por dos elementos (corpus y animus) (art. 430 C.c.) y a ambos ha de referirse la publicidad.

La publicación del concepto en que se posee no emana directamente del título. El título sirve para fijar el concepto posesorio, pero, salvo que llegue a ser inscrito, por si mismo no lo publica. Puede permanecer oculto inter partes, y no se puede obligar al poseedor a exhibirlo (art. 448 C.c.). Por este alcance limitado de la publicidad del título se impone al poseedor exteriorizar frente a terceros el concepto en que posee, que debe coincidir con el que señala el título.

-203- El animus celandi

Es la voluntad de hacer oculta la situación posesoria. ¿Es necesaria esta voluntad? ¿Basta el carácter objetivamente oculto que puedan tener los actos posesorios?.

La posesión que no es pública no es posesión viciada, ni esta calificación se emplea para castigar un comportamiento antisocial. De ser así ofrecería mayores dudas si es o no necesaria la intencionalidad. Al contraerse la exigencia de publicidad a potenciar el conocimiento del titular, se independiza de la voluntad del sujeto poseedor:¹⁴⁾ Puede ser oculta una posesión aún sin intención de ocultarla.

-204- Carácter relativo de la posesión pública

La publicidad colabora para que el potencial titular trabee conocimiento de la posesión "ad usucapionem"; parece obligado concluir que se trata de un requisito de carácter relativo: Basta que el dueño llegue a saber que otro sujeto posee la cosa para que no pueda oponer al mismo la excepción de posesión oculta-

Si la publicidad se exige en el Código Civil, como si se tratara de un carácter absoluto, (art.1941 C.c.), no es porque sea necesario el conocimiento general, sino por otras razones: No se puede saber, hasta que no medie un pronunciamiento jurisdiccional definitivo, quién es el verdadero titular; el poseedor si obra de buena fe, debe exteriorizar su situación a vista de todos.

Aunque la posesión se intente ocultar, y llegue a ocultarse, incluso, frente al verdadero titular, no dejará de ser pública frente al mismo, si por cualquier medio ha llegado a conocerla, porque así ha cesado el fundamento de la publicidad: potenciar la reclamación del dueño. Por otra parte comprobamos que en el Código es tónica general, siempre que se impone la exteriorización de la posesión, que si pese a la clandestinidad, el interesado llega a conocimiento de ella, pierda relevancia el carácter oculto de los actos (art.444 C.c.).

En estos casos la posesión se hace pública desde que llega a conocimiento del dueño, momento que ha de probarse por el poseedor, pues al no ser manifiesta la posesión, lo presumible es que no ha podido llegar a ser conocida.

-205- Prueba del carácter público de la posesión ad usucapionem

El hecho de la posesión "ad usucapionem" exige ser probado (comp. art.433, 1951, 1954 C.c.). Ello no quiere decir que deban demostrarse positivamente cada una de sus cualidades (comp.art. 1214 C.c.), porque en materia de posesión es a veces más fácil destruir una presunción que construir una prueba.¹⁵⁾ Por lo dicho se comprende que aunque la nota, posesión pública sea un elemento integrante de la que conduce a la usucapión y un extremo más de su prueba, la técnica probatoria puede estar, respecto a ella, invertida por razones prácticas.

Basta probar el hecho de la posesión en concepto de dueño, lo que está bastante facilitado en el Código (art. 436; 459, -

1960,22), para que se presuma la publicidad de la misma, ya que ésta estriba en la natural exteriorización del corpus. En otro caso la prueba debería consistir en la demostración positiva de que en ningún momento se ha impedido el conocimiento del titular.

C a p í t u l o S e g u n d o

P o s e s i ó n P a c í f i c a

Capítulo Segundo

P o s e s i ó n P a c í f i c a

- 206- Al carácter público, el Código añade el carácter pacífico de la posesión, que la hace idónea para la usucapión. En ambos casos se señala positivamente el requisito.

"La posesión ha de ser... pacífica...", ordena el artículo 1941 del Código Civil, que como es sabido se encuentra en el libro IV, título XVIII, capítulo II, bajo el epígrafe "De la prescripción de dominio y demás derechos reales". Junto a esta exigencia positiva, el mismo Código en otro precepto, el artículo 444, dispone que "los actos... ejecutados... con violencia, no afectan a la posesión". El artículo 444, a diferencia del 1941, contiene una referencia a un vicio general de todo tipo de posesión, que se cualifica por los medios empleados (uso de la fuerza) en la adquisición. De este vicio no nos corresponde tratar¹⁾. Nuestro cometido se restringe al estudio de la posesión pacífica, en cuanto que este carácter se circunscribe a la posesión que conduce a la usucapión.

A continuación vamos a analizar en que' circunstancias deja de ser pacífica la posesión.

-207- I.- Posesión adquirida contra la voluntad del antiguo poseedor

Considerando el momento de la adquisición, es posesión pacífica, toda aquella que ha sido adquirida con arreglo a Derecho, sin lesionar otra posesión.

El derecho que todo poseedor tiene a ser respetado en su posesión, queda lesionado cuando, fácticamente, se invade su esfera posesoria, aunque no se empleen medios violentos (arts. 1651, 1652, 1658-II L.E.C.). Como es antijurídica la tenencia obtenida con el incumplimiento de esta obligación se impide que a través de ella pueda lograrse la adquisición de la titularidad de un derecho sobre la cosa por prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria. Aunque ^{la} usucapión extraordinaria no requiera justo título, la posesión para lograrla no puede ser adquirida lesionando las normas que garantizan la seguridad del orden jurídico posesorio.

Precisando estas ideas, podría afirmarse que es pacífica toda posesión que ha sido adquirida sin contrariar la voluntad del poseedor, bien porque se cuente con su consentimiento, bien porque no esté poseída (cosa abandonada). Por exclusión, no será pacífica la posesión que se adquiere en contra de la voluntad del anterior poseedor. Basta este hecho, para que la posesión adquirida merezca la sanción del Derecho, sin necesidad de que haya intervenido la violencia material (posesión violenta). Se descarta, por tanto, la interpretación de la posesión "no pacífica" basada en la fuerza que pudiera acompañar a los medios para obtenerla. La letra del artículo 1941 no impone una interpretación en este sentido, y, por otra parte la lesión contra

el orden civil se causa desde el momento en que deja de respetarse. La sanción de una conducta violenta se hace a través del Derecho penal, al cual se remite otro precepto del Código (art. 1956 C.c.).

El estudio de la posesión no pacífica en el ámbito de la usucapión se debe desdoblar para contemplar su influencia sobre la posesión anterior y sobre la adquirida. La manifestación referida al anterior poseedor (arts. 460, 42 y 1944), debe ser considerada en el estudio de la interrupción natural de la posesión ad usucapionem.

La posesión que no es pacífica en su origen, aunque puede subsanarse, en tanto que ello no suceda, está descualificada para la usucapión. La subsanación no tiene efectos retroactivos; se aplica a la posesión futura.²⁾ De otro lado, la posesión pacífica en su origen, sólo pierde esta cualidad en su desarrollo, si se produce la interrupción civil, por sentencia judicial.

-208- Supuestos según la forma de obtenerse la posesión

El carácter no pacífico que tiene originariamente una posesión puede provenir de haberse adquirido por ocupación de la cosa, contrariando la voluntad del anterior poseedor, o por interversión³⁾ de la posesión que ya se tenía. El fundamento es el mismo en ambos casos: la perturbación del orden posesorio; más^{por} la distinta forma de producirse la toma posesoria merece que se los separe. En la interversión, la posesión deja de ser pacífica desde el momento en que se transforma, unilateralmente, el con-

cepto bajo el cual se retiene la cosa. De aquí se infiere que es suficiente la mutación del concepto posesorio para calificar de no pacífica a una posesión. La razón es que a través de tal mutación se integran los dos elementos constitutivos de la posesión ad usucapionem.

-209- La voluntad del anterior poseedor

La exteriorización de una situación posesoria es un hecho que merece la abstención ajena, pues por ella inferimos la voluntad de un sujeto que se opone a toda potencial intromisión. El animus possidendi, que se opone a la ocupación de tercero, puede reconocerse a través del corpus.

Para que sea lícita la ocupación del objeto es preciso que exista abandono del mismo, por cuanto que así se extingue la posesión. De subsistir el animus possidendi, la transmisión ha de hacerse a través de los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir la posesión (art. 438). La entrega o cesión de posesión es la forma más corriente de transmisión posesoria, y aunque ésta pueda requerir que medie causa (art. 460, ^{basta} 2º), para hacer pacífica la posesión que el adquirente haya contado con la voluntad del poseedor precedente (ocupación justificada). El consentimiento del mismo puede ser suplido por la intervención de la Autoridad: Es pacífica la posesión concedida a un poseedor de mejor derecho (comp. art. 445 C.c.), aunque no sea el verdadero titular.

-209 bis- Significado de la buena fe del ocupante

Como la agresión contra el orden jurídico de la posesión es de carácter objetivo y se produce sin más, por el hecho de tomar sin consentimiento la cosa por otro poseída, no han de tener relevancia las creencias que tenga el poseedor, que no estén apoyadas en bases objetivas. En otros términos, como el equilibrio jurídico de la posesión queda afectado, aunque el elemento perturbador actúe de buena fe, el carácter no pacífico se debe atribuir a la posesión con independencia de la buena o mala fe del sujeto.⁴⁾

La mala fe es apreciable desde otro ángulo en cuanto que con ella se tipifica una conducta constitutiva de delito o falta (art. 1956 C.c.).

Cuando no ha habido lesión de la posesión ajena no tiene relevancia, para borrar el carácter pacífico de la posesión adquirida, que el poseedor haya creído (por error) que contrariaba la voluntad de otro sujeto.

-210- Naturaleza real del carácter no pacífico de la posesión

El carácter no pacífico afecta a la posesión en sí misma, y no en relación con el sujeto que la obtuvo inadecuadamente: Se trata de un medio de defensa del orden de la posesión que repercute en distintas esferas: derecho a recobrar la posesión despojada⁵⁾; posesión que sirve para la usucapión. Esta calificación no se borra aunque por los medios idóneos pase la cosa a manos de otro sujeto que venga a poseerla con buena fe.

-211- Transformación de la posesión no pacífica

Forzosamente ha de llegar un momento en que se subsane el carácter no pacífico que originariamente tuviera la posesión: Coincide con la prescripción de las acciones ordenadas al restablecimiento del orden posesorio,⁶⁾ las cuales permanecen vivas durante un año (art.1968-19) tiempo en el que el despojado ha continuado la usucapión (art.1944). Con posterioridad, la posesión se hace apta para usucapir: Su carácter "no pacífico" queda borrado y se interrumpe la posesión ad usucapionem precedente. Es el efecto de la extinción de los medios para restablecer el orden perturbado.

La transformación a que nos referimos se produce, tanto si la cosa permanece todavía en poder del que la ocupó, cuando si ha pasado a manos de un tercero.

La subsistencia de la acción de responsabilidad civil, después de prescritas las acciones posesorias, no imprime objetivamente en la posesión un carácter no pacífico,⁷⁾ pero es dudoso que en estas circunstancias pueda el obligado o sus herederos oponer la usucapión del objeto. El Código Civil sólo se pronuncia con respecto a la posesión que proviene de delito (art.1956). Puede entenderse que su criterio es extensible a los casos en que sin mediar delito exista una obligación de devolver la cosa, pues mediando delito se conserva la acción civil después de haberse extinguido la penal (art.1956: notemos el uso de la coma además del empleo de la partícula "y"; art.116 L.E.C.).

Cuando después de prescritas las acciones posesorias subsiste todavía la acción de responsabilidad civil encaminada a la devolución de la cosa, la posesión es pacífica y por tanto apta para la usucapión; non esta aptitud se inicia la prescripción adquisitiva, pero ella no aprovecha al obligado a la reparación, ni a sus herederos hasta tanto no prescriba la acción de responsabilidad civil. En cuanto a los demás poseedores que hayan obtenido legitimamente la cosa, no se impide la usucapión por que la posesión, en sí misma considerada, es ya de carácter pacífico.

-212- II.- Cosas poseídas mediante delito

Las "res furtivae" en el derecho romano

Desde tiempos muy antiguos las res furtivae merecieron, en Roma, un trato especial. Según las Doce Tablas, no podían ser usucapidas. La LEX ATINIA (S.II A.C.) reitera esta norma, estableciendo además, la posibilidad de usucapir en el caso de que haya reversio ad dominum.⁸⁾ La LEX PLAUTIA DE VI se hizo necesaria al limitarse la moción del hurto a los bienes muebles. Ella prohíbe la usucapición de las res vi possessae, y parece referirse a los inmuebles (D.41,3,33,2). La LEX JULIA DE VI la confirma.⁹⁾

En el Derecho clásico empezó a exigirse para la usucapición que la posesión fuese de buena fe, y salvados algunos casos especiales (Gayo II, 59-61),¹⁰⁾ la buena fe se exigió hasta en la prescripción de la rei vindicatio (30 años) a la cual Justiniano dotó de fuerza adquisitiva (C.7,39,8,1) pues en esta praescriptio longissimi temporis tan sólo se excluía la prueba del título.¹¹⁾ El ladrón, por carecer de buena fe, no podría usucapir.¹²⁾

Los textos romanos señalados han de influir en otros posteriores, que permanecerán, hasta bien avanzado el tiempo, en el recuerdo de la doctrina.¹³⁾

-213- Las cosas forzadas y robadas en el Derecho histórico español

En lo tocante a la usucapión, la disciplina jurídica de estos objetos está desarrollada fundamentalmente en el Fuero Real (L.II, tít.XI, Ley 1ª y 2ª), Leyes de Partidas (L.4ª y 21, tít. 29, P.III); Nueva Recopilación (L.1ª y 2ª, tít.XV, lib.IV); Novísima Recopilación (L.1ª y 2ª, tít.VIII, libro XI). En todas estas disposiciones pueden reconocerse dos direcciones diferentes: La seguida por las Partidas y la de las otras Leyes, que se recoge en la Novísima Recopilación.

Por lo que a la doctrina se refiere, la que para nosotros ofrece mayor interés es la ^{de la} segunda mitad del siglo XIX, ya que, siendo inmediatamente anterior al Código Civil, probablemente influyó en los redactores del mismo.

Al estudiar la influencia de las cosas forzadas y robadas sobre la disciplina de la usucapión, debemos distinguir entre poseedores de buena y mala fe.

-214- A.- Poseedores de mala fe

Son, en este caso, además del propio ladrón, los terceros que conocen el origen viciado de la posesión.

1.- En las Partidas

La doctrina, en la interpretación de la (L.21, tít.29, P.III, principio), reconoció generalmente, la prescripción por treinta años de las cosas robadas, hurtadas o forzadas. AZEVEDO es de esta opinión,¹⁴⁾ y GUTIERREZ precisa que, en realidad, lo que aquí

se produce es "una excepción en favor del poseedor y en contra del dueño".¹⁵⁾ Así puede explicarse que si el poseedor (el de mala fe)¹⁶⁾ "fuese desapoderado de la tenencia, perdiéndola o en otra manera, non le fímaca derecho para poderla demandar en juyzio a aquel a quien la fallase; fueras ende si aquel que la toviese, la oviese furtada o forzada o robada a él mismo..."¹⁷⁾ (L.21,tít.29,P.III).

También nuestro Tribunal Supremo consideró, en sentencia de 14 febrero de 1874, que las Partidas admitían la prescriptibilidad de las cosas robadas, hurtadas o forzadas.

Si la Ley 21, a que acabamos de referirnos, no hizo distingos entre los bienes muebles e inmuebles, la Ley 4a, del mismo título y Partidas, que parece contrariar a aquélla, tiene un sunciado circunscrito a los bienes muebles:

"E por ende dezimos, que toda cosa mueble, que non sea furtada, forçada o robada, non se podría ganar por tiempo..." (L.4, t.29,P.III).

Esta contradicción, poco estudiada por los más importantes autores del siglo XIX, quizá pudiera salvarse, entendiendo, con GUTIERREZ, que la ley 29 sólo se refiere a la prescripción extintiva de la acción, en tanto que la ley 4a alude a la usucapión ("ganar por tiempo"), viniendo a prohibirla.¹⁸⁾

-215- 2.- Nueva y Novísima Recopilación

Estas Leyes, que recogían disposiciones del Fuero Real (F. R. L.II,tít.XI,Ley 1ª y 2ª), fueron reconocidas por la doctrina¹⁹⁾ y por la jurisprudencia (S.29 mayo,1873 y 14 de febrero de 1874²⁰⁾ como derogadoras de las Partidas. GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN, siguiendo al Tribunal Supremo, las refiere tan sólo al poseedor de mala fe,²¹⁾ separando, en el régimen jurídico, al que hurtó o robó la cosa, del poseedor de buena fe;²²⁾ la sentencia de 14 febrero de 1874, establece un doble régimen, según haya buena fe o se trate de cosa robada (mala fe): Aplica a las cosas robadas las leyes 1ª y 2ª de la Novísima recopilación, considerando derogada la ley 21 de las Partidas. En cuanto al poseedor de buena fe aplica la ley 21, in fine, título 29 Partida III.²³⁾

-216- B.- Poseedores de buena fe: ¿carácter real del vicio?

Es poseedor de buena fe el tercero que recibe la cosa desconociendo el carácter vicioso de la adquisición de su causante. La sentencia de 14 febrero, 1874 aplicó al Estado el carácter de poseedor de buena fe, al haber tomado un terreno para hacer una muralla, sin indemnizar a su dueño.

Para la glosa, la violencia es un vicio real: "vitis realia sunt quae rem ipsam efficiunt, et eam sequuntur". Se transmite a todo poseedor ("ideo ad quemcumque possessorem cum eodem vitio transeunt"), de manera que impide la prescripción de la cosa ("rei furatae praescribit poterit, non solum per ipsum furantem neque per eius successorem ad cuius manus pervenit res illa furata cum

vitio illo").²⁴⁾ Pero también se advierte que "praescriptio tri-
ginta annorum non respicit vitia rerum vel personarum. Est hoc
tempore possidens, praescribit rem furtivan, clandestinam, vel
vi possessam".²⁵⁾

La doctrina patria del siglo pasado, quizás influenciada
por el P. de 1851 (art.1949), no admitía el carácter real de es-
te vicio, al interpretar la ley 21 (in fine), título 29 P.III.²⁶⁾
En consecuencia, podían prescribirse por espacio de 30 años:
"las cosas en cuya adquisición haya mediado algún vicio aunque
sean hurtadas o robadas".²⁷⁾ Hay que advertir que en este tipo
de prescripción nuestra doctrina exigía la buena fe.²⁸⁾

Por consecuencia de la usucapión el adquirente podía recla-
mar la cosa de quien la tuviese, a no ser del verdadero dueño.²⁹⁾
En esta misma dirección se orienta la sentencia de 14 febrero,
1874.

El criterio de la ley 21 (in fine), título 29, P.III, aun-
que referido a los inmuebles, fue extendido por la doctrina a los
bienes muebles.³⁰⁾

-217- El sistema del P. de 1851

Al igual que el Código Civil francés (art.2229), exige nues-
tro Proyecto que la posesión para usucapir sea pacífica (art.
1947, P.1851), lo que entendió GARCIA GOYENA, en un doble senti-
do:³¹⁾ a) Con referencia al tenedor en paz, "de manera que non
se la demanden en el tiempo que él la pudo ganar" (ley 18, tít.
29, P.III). b) Con referencia a las cosas no poseídas "por fuerza

o por violencia" (art.1949), significación que es la que aquí nos interesa. El Proyecto introdujo respecto al derecho anterior importantes modificaciones. He aquí sus líneas directrices:

1a.- Se admite que el mismo forzador pueda prescribir desde que se purgo el vicio (art.1949).³²⁾

2a.- En los bienes inmuebles se contarán a partir de esa fe cha los treinta años del término de usucapión (art.1961).

3a.- En los bienes muebles "el tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas... deberá ser doble" (seis años), tratándose de poseedores con buena fe y título (art.1962).

4a.- Si el poseedor no presentase título o careciera de bue na fe, el bien mueble será prescrito "por diez años no interrumpidos residiendo su dueño en la provincia o por veinte fuera de ella" (art.1963-I).

5a.- En cuanto al que hurtó la cosa, sus cómplices y encubridores "se estará a lo dispuesto en el Código penal" (art.1963, II).

El Código penal de 1848, vigente a la sazón, imponía a los autores del hecho delictivo, en todo caso, la restitución de la cosa sustraída; y en cuanto a los terceros sólo exceptuaba el ca so en que hubiesen llegado a adquirir la cosa por usucapión (art. 116 C.P. de 1848)³³⁾ Además, sólo consideraba la prescripción de las penas (arts. 126, 127 C.P. 1848). El de 1870 agregó a la consi deración de la prescripción de las penas (art.134 C.P. 1870), la de los delitos (arts.132, 6 y 133 C.P.1870); y en cuanto a la reg

ponsabilidad civil nacida del delito o falta, dispone "se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil" (art.135 C.P.1870).

-218- Código Civil

El Código Civil trató de simplificar el sistema de la usucapión. Respecto al P. de 1851 introduce importantes novedades:

1a.- Presta un enorme significado a la usucapión extraordinaria, viniendo casi a ser el reverso de la prescripción extintiva de las acciones reales (art.1962 y 1963). Pero la posesión se exige acompañada de ciertas cualidades, entre las que se halla su carácter pacífico (arts.1940,1941 C.c.).

2a.- En el P. de 1851 no era pacífica la posesión habida por fuerza o por violencia. El Código Civil, con mayor precisión, sustituye este criterio por el de la mediación de delito o falta (art.1956). Además regula directamente, sin remitirse al Código Penal, la usucapión de las cosas muebles provenientes de delito (comp.art.1963-II, P. de 1851).

3a.- Suprime los restos que conservara el P. de 1851, del carácter real del vicio de violencia. Las cosas hurtadas o robadas se adquieren, fuera de quienes las hurtaron o robaron, cómplices y encubridores, sujetándose a las normas generales de la usucapión ordinaria o extraordinaria.

El artículo 1956 del Código, referido a las cosas muebles hurtadas o robadas se expresa en estos términos:

"Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito del delito o falta, o su pena, o la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta".

-219- Carácter mueble del objeto

Tanto en nuestro Derecho histórico, como en el Proyecto de 1851, no se hacía distinción entre los bienes muebles o inmuebles, respecto al punto que consideramos. El Código Civil, rompiendo con esta corriente, restringe a los bienes muebles el vicio de ser la posesión proveniente de delito. ¿Cómo podemos explicar este cambio?

En el Proyecto de 1851, había dos preceptos en la materia, el artículo 1949 y el 1963. El primero era general: "La prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiese purgado aquel vicio". El segundo armonizaba los preceptos civiles y penales, en la usucapión de las cosas hurtadas y robadas: "Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto del que hurtó la cosa, ni de sus cómplices o encubridores, para los cuales se estará a lo dispuesto en el Código penal".

El Código Civil suprime la prohibición relativa a la prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia: No hay en ningún artículo equivalente al 1949 del P. de 1851, quizás

porque no se considerase necesario, ya que lo poseído por fuerza o por violencia se posee sin la voluntad del anterior poseedor y queda incluido en este régimen (art. 460, 4º). La fuerza y la violencia son formas que cualifican la toma de la cosa sin la voluntad del anterior poseedor; su represión corresponde más bien al Derecho penal, y dentro del civil, con respecto a la usucapión, no hay por qué establecer diferencias entre la posesión simplemente contraria a la voluntad del poseedor anterior y la que se obtiene empleando la fuerza contra el mismo. Al despojado violentamente le queda abierta la posibilidad de impedir que la usucapión comience, a través de la interposición del interdicto. Transcurrido el plazo de prescripción de la acción posesoria, comienza la usucapión. No es posible entender que el artículo 460, 4º se refiere sólo a la posesión ad interdicta y no a la posesión ad usucapionem, pues la conservación de la posesión durante un año, que en caso de despojo señala ese precepto queda acogida, en el campo de la usucapión, por el artículo 1944.

Esta innovación del Código se hace, sin duda, en aras de la seguridad jurídica, como manifestación del amplio significado que pretendió atribuir a la usucapión extraordinaria.

La reminiscencia del artículo 1963 del P. de 1851, se han conservado en el Código Civil. Como en aquél, el Código se limita a los bienes muebles ¿Cómo explicar esta restricción, si es posible también que medie delito en la adquisición de los bienes inmuebles? (art. 517 C.P.).

La exclusiva referencia del artículo 1956 del Código civil a los bienes muebles, no es casual, ni, mucho menos, equivocada, porque en el Código ha desaparecido la consideración de la posesión de cosas "hurtadas, robadas o forzadas" (como en el Derecho histórico), o poseídas "por fuerza o por violencia", (como en el art.1949 del P. de 1851). El artículo 1956 sólo ha pretendido armonizar el régimen de la usucapión, con el de la prescripción extintiva de la responsabilidad penal y civil que se origina en el delito, y ello sólo parece necesario respecto a los bienes muebles, ya que en los inmuebles se hace más difícil de pensar la colisión de normas.

En efecto, respecto a los inmuebles, el poseedor que adquirió mediante delito, necesita al menos de treinta años para usucapir la cosa (art.1959). En tal período se ha prescrito la acción proveniente del delito y la pena, pues las que imponen los artículos 517 y 518 del Código penal son multas superiores a las mil pesetas. Tal pena se considera grave (art. 28 C.P). El plazo de prescripción del delito es de cinco años (art.113 C.P.) y el de su pena, otros cinco (art.115 C.P.).

Además, como indica QUINTANO, el Derecho moderno presta a la propiedad inmobiliaria, protección civil suficiente, a través, sobre todo, de la técnica registral, lo que hace extraordinariamente difícil la ejecución de tales delitos y sobre todo su consolidación.³⁴⁾ bis.

En los delitos contra la propiedad de los bienes muebles, las penas son de mayor entidad, imponiéndose incluso en sus grados máximos (art.501, 1º C.P.), con lo que se dilata extraordinariamente el término de prescripción de la responsabilidad criminal (hasta 20 años el delito y 35 la pena). Por otra parte, el término de usucapión es muy inferior al de los inmuebles (6 años art.1955-II) y socialmente es más frecuente su comisión. Fácilmente pudiera producirse, por todo ello, un desajuste entre las normas del Código Civil y las del penal, con el consiguiente efecto, de que manteniéndose viva la responsabilidad criminal y la acción de responsabilidad civil, la usucapión extraordinaria convirtiera al ladrón en propietario.

Precisamente para evitar esto se ha dictado el artículo 1956 del Código Civil.

-220- Figuras delictivas que comprende el artículo 1956

Aunque el artículo 1956 mencione en su principio, tan sólo al hurto o robo, la referencia a estos tipos no es óbice para la inclusión de cualquier otro delito o falta contra la propiedad de los bienes muebles. Esta restricción está contradicha por el propio artículo 1956, con la mención reiterada del "delito o falta", sin restringirse a tipos concretos. La terminología, hurto o robo, parece, por tanto, un residuo histórico, por ser estas palabras las más utilizadas en nuestras antiguas leyes.³⁵⁾

-221- Naturaleza de la prohibición de usucapir

La prohibición de usucapir que señala el artículo 1956 no proviene de un vicio que afecte directamente a la posesión, pues, en tal caso, no habría razón alguna para limitar a los bienes muebles la prohibición de usucapir, y por otra parte, el plazo de prescripción adquisitiva no podría comenzar hasta tanto no hubiesen prescrito las acciones de responsabilidad civil y penal.

La verdadera función del precepto, es, como antes hemos señalado, la de armonizar el régimen de la usucapión previsto en el Código Civil con las normas del Código penal.

-222- Sujetos a quienes afecta

a) Autores cómplices y encubridores

El Código Civil se adapta a los que el Código Penal considera criminalmente responsables: los autores, cómplices y encubridores (art.12 C.P.). Al Derecho Penal corresponde la regulación (art.14 a 18 C.P.), y estudio de estas formas de autoría y participación.

-223- b) Herederos

Los herederos de quienes estaban incurso en responsabilidad criminal, aunque desconozcan el vicio de la posesión de su causante, no podrán usucapir la cosa, hasta que no haya prescrito la acción para exigir la responsabilidad civil que se les transmite (art.105-I, C.P.). De la armonización de este precepto con

el artículo 442 del Código Civil, resulta que el heredero, no está afectado por los vicios de su causante, pero tampoco puede oponer la usucapión al perjudicado o a sus herederos (art. 105-II C.P.), hasta tanto no haya prescrito la acción para exigir la responsabilidad civil derivada del delito. La acción penal se extingue con la muerte del culpable, y queda la civil, ejercitable contra sus herederos y causahabiente (art. 112-12 C.P. y 115, L.E.Cr.), ya que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la acción civil (art. 116 L.E.Cr.).

-224-

c) Terceros

En cuanto a los terceros ³⁶⁾ que hayan adquirido la cosa por un medio legal, no hay impedimento que impida la usucapión,³⁷⁾ pues a ellos no se transmite, ni tan siquiera la responsabilidad civil. Como en caso de "privación ilegal" no es posible la adquisición "a non domino" (art. 464-I, C.c.), el propietario conserva la acción reivindicatoria hasta que el tercero adquiera la cosa por usucapión.

La sentencia de 13 de julio de 1904 viene a demostrar en este caso la posibilidad de usucapir. Se refería a la reivindicación de unos títulos que el demandado había adquirido de quien los había sustraído. Este adquirente, recurrente en casación, alega la prescripción adquisitiva, pero el T.S. no da lugar al recurso, considerando que no hubo posesión en concepto de dueño, por haber mediado falsedad en la causa. Las razones por las cuales no se admite esta prescripción adquisitiva alegada por el adquirente,

no ponen en duda que los bienes hurtados o robados pueden ser adquiridos por usucapión por el tercer adquirente.

Este sujeto, sin embargo, al conocer la verdadera procedencia de los bienes adquiridos, pueda llegar a convertirse en un encubridor, si su actuación pudiera tener cabida en el artículo 17 del Código Penal, que regula esta forma de incurrir en responsabilidad criminal. No basta que tenga mala fe, pues ella, por sí sola no le convierte en encubridor. Dentro de la mala fe, han de distinguirse dos grados:

a) Mala fe simple: la que no convierte al tercero en encubridor, permitiéndole adquirir la propiedad, mediante usucapión extraordinaria.

b) Mala fe cualificada: que convierte al tercero en encubridor, impidiéndole usucapir la cosa, mientras no se cumplan las condiciones del artículo 1956 C.c. La mala fe puede convertir a este sujeto en autor del delito de "encubrimiento con ánimo de lucro" (art. 546, bis C.P.).

-225- Cómputo del término de usucapión

Según los sujetos² a quienes afecta, debemos distinguir:

1º) Terceros exentos de responsabilidad civil y criminal:

No se les agrega el tiempo de posesión del causante al que ellos hayan disfrutado de la cosa (art. 442 C.c.).

- 226- 20) Autores cómplices o encubridores, los cuales no podrán prescribir las cosas hurtadas o robadas, a no haber prescrito el delito o falta o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta (art.1956 C.c.).

A continuación estudiaremos separadamente en cuanto a los autores, cómplices y encubridores el cómputo de los plazos extintivos de la responsabilidad y el del plazo adquisitivo o de usucapión.

- 227- a) Términos extintivos

La acción penal y la dirigida a la ejecución de la responsabilidad civil, son independientes³⁸⁾ (arts.113 y 117 C.P., 116 y 117 L.E.Cr.). Ambas encuentran su origen en unos mismos hechos, y arrancando de éstos, se hará el cómputo de cada una de ellas independiente y simultáneamente.

aa) La responsabilidad civil nacida de delitos o faltas, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil (art.117 C.P.).

El Código Civil, en el art.1956, sólo habla de la prescripción extintiva de estas acciones, pero ello no excluye que con anterioridad a la prescripción pueda extinguirse la acción, por otros medios (arts.1156 ss. y 1813 C.c.; art.107 L.E.Cr.).

En cuanto a la prescripción extintiva, el Código Civil, al que se remite el penal, no es en este punto demasiado claro. Parece que se ha de aplicar el término de quince años propio de las acciones personales que no tengan señalado término especial de

prescripción (art.1964). Ello, sin embargo, se ha puesto en duda por DIEZ PICAZO.³⁹⁾

bb) En el ámbito penal, el Código Civil exige que se haya prescrito "el delito o falta o su pena" (art.1956). El Código Civil al no referirse a otras causas de extinción de los delitos, no viene tampoco a excluirlas (art.112 C.P.). Cuando ellas no hayan intervenido, se estará a la extinción del delito resultado de la prescripción, computándose los plazos según dispone el Código Penal (arts.113,114 C.P.).

Prescrito el delito, prescribe también toda responsabilidad criminal (art.112,6º C.P.), y se hace posible la usucapión.

Si el delito fuese perseguido y el culpable condenado mediante sentencia firme, no será posible la usucapión, hasta que la pena no se haya extinguido, al menos por prescripción (arts. 112,115 y 116 C.P.).

Extinguidas las responsabilidades criminal y civil se puede usucapir la cosa por los que la hurtaron o robaron, sus cómplices y encubridores.

-228- b) Cómputo del término de usucapión

No se indica en el Código cómo se ha de computar en estos casos, el término de usucapión, limitándose a impedir la prescripción (arts.1956 C.c.). Existen dos posibilidades de hacer el cómputo.

La primera consiste en no comenzar a contar el término usu

capión, hasta que no se hayan extinguido las responsabilidades civil y penal.

La segunda estriba en computar normalmente la usucapión, pero impidiendo que la ganada puede ser opuesta al desposeído, hasta que no se hayan extinguido las responsabilidades.

A pesar de que haya autores que afirman lo contrario,⁴⁰⁾ parece posible sostener, e incluso con más fundamento, la segunda solución. Ella es suficiente para que se cumpla lo que preceptúa el artículo 1956 ("no podrán ser prescritos"). La finalidad de esta norma, corregir el reducido plazo de usucapión de los bienes muebles cuando por ello pudiera producirse la adquisición del objeto con anterioridad a la extinción de las responsabilidades emanadas del delito, queda suficientemente respetada, y en cambio, no se alarga excesivamente el plazo de usucapión, con posibles perturbaciones en el régimen del tráfico jurídico de los bienes muebles.

Por otra parte hay que considerar que la acción reivindicatoria se extingue transcurridos seis años con posterioridad al límite de las responsabilidades civil y criminal (confr. art. 1962 C.c.). El perjudicado queda desprovisto de acciones recuperatorias. ¿De qué puede servirle que se distancie más la usucapión? Téngase además presente que el usucapiente puede renunciar a la prescripción ganada, estando por ello justificada la devolución del objeto, en caso de arrepentimiento (art. 1935 C.c.).

-229- 3) Herederos y causahabientes

A éstos se transmite, tan sólo, la responsabilidad civil (art.105 C.P.). Mientras ésta no se extinga, no pueden prescribir la cosa, pero tras su extinción, si ya han transcurrido los seis años de usucapión (art.1955 C.c.), adquieren la titularidad de la cosa.

III.- Posesión de desarrollo no pacífico

-230- Derecho histórico español

En nuestro Derecho histórico se encuentran, al menos, dos manifestaciones de la posesión pacífica: en la posesión que se tiene en paz y negativamente, con respecto a las cosas forzadas y robadas.

De las cosas forzadas ya hemos tratado. Ahora vamos a estudiar la posesión que se tiene en paz.

-231- Posesión que se tiene en paz

El Fuero Juzgo disponía:

"Muchas veces la cosa que es de un ome ganala otro por la tener longo tiempo. Ca la cosa que ome tiene treinta annos en paz sin calonna, non la debe perder dalli adelante por la demandar alguno..." (Libro X, tít.II, ley 6). También en el Libro X, título XI, ley 4) "...por treinta annos hayánlas en paz sabiendolo el rey, así que cerrados los treinta annos ninguno non las puede demendar más".⁴¹⁾

En los fueros municipales el carácter pacífico de la posesión de año y día tiene múltiples designaciones: "sine ulla mala voce habeat solta et libera" (sua hereditate) (Logroño); "ninguno non gela retentó... que anno e dia es pasado que non lo de mandó ninguno" (Sepúlveda), y en este mismo fuero respecto a la heredad adquirida por herencia: "non responda por ella si pudie ra firmar que aquel cuya raiz hereda que la tobo en paz, é nadi

non gela demandó" (Sepúlveda); "non lo demandare" (Alcalá); "en paz tobiere", "las non demandare" (Llanes).⁴²⁾ MARTINEZ MARINA resume en dos, esta multiplicidad de expresiones "posesión quieta y pacífica".⁴³⁾

El origen del carácter pacífico de la posesión en los fueros municipales intenta explicarlo de LOS MOZOS, por referencia al Derecho romano: "La posesión de año y día, nos dirá este autor, en los requisitos que la acompañan (de quieta pública y pacífica) en paz y en faz como dicen los viejos textos, se revisite de los caracteres de la posesión non vitiosa del Derecho romano".⁴⁴⁾

El Fuero Viejo aclara más el sentido de estas expresiones.⁴⁵⁾ El tenedor de una heredad por "año y día en fas, o en pas de este que gela demanda... debe fincar en su heredad". No es en paz la posesión si el demandante alega que "querelló ante el alcalde o en concejo pregonando, o en su parroquia de aquel a quien demanda ante cinco vecinos" (F.V.lib IV, tit.IV, ley 2ª).

Las Leyes del Estilo explican el Fuero Real (F.R.lib. II tit. XI ley 1ª) en los siguientes términos: "aquellas palabras de esta ley entienden y juzgan así los alcaldes en la corte del Rey... En paz entienden si no la demandó ni no embargó al tiempo de año y día al tenedor" (L.E.242).

En el Ordenamiento de Alcalá (Ley 1ª, tit.IX) y en la Novísima Recopilación (Lib.XI tit.VIII ley 3ª) no se exige que la posesión de año y día sea en paz y en faz, pero en cambio se requiere el título y la buena fe, a diferencia de los textos precedentes.

Las Partidas no hablan de posesión pacífica, pero el significado de ella se encuentra presente:

"treyn ta años continadamente, a dende arriba, seyendo algún ome tenedor de alguna cosa, por qual manera quier que ovie se la tenencia,⁴⁶⁾ que non le moviessen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla y a..." (L.21, Tít.29, P.3a).

El carácter pacífico queda cifrado en que no se haya demandado la cosa durante el tiempo de usucapión.⁴⁷⁾

-232- La posesión pacífica en el Derecho canónico

El Derecho canónico ha exigido en materia de beneficios que la posesión sea pacífica. En la Edad Media eran frecuentes los litigios entre varios pretendientes a un mismo beneficio, por la multiplicidad de modos de provisión. Para paliarlos se atribuyeron ventajas a la posesión pacífica de los mismos durante cierto período de tiempo.

a) La posesión pacífica por tres años, abriga contra toda evicción. La regla data del Concilio de Viena (1311, Clemente V) y fue recogida en las Clementinas (L.I, tít.II, de rescriptis, C.4, Gratiae).⁴⁸⁾ De aquí pasó a otros textos posteriores,⁴⁹⁾ estando en la actualidad contenida en el Codex (C.1446 y 1447).

REBUFFO entendió que es pacífica la posesión "quando nullam patitur controversiam iuris vel facti, nec in iudicio, nec extra iudicium".⁵⁰⁾

b) La posesión pacífica, mantenida un año, da garantías al que después de ese tiempo de posesión es acusado de indignidad, incapacidad o irregularidad en su título. La regla proviene de Inocencio VIII (1484-1492), Regla 32 Cancillería apostólica, de annali possessore.

En Francia se consideró que para llegar a ser poseedor pacífico es necesario que transcurra un año desde la toma de posesión. Después de este primer año, corría el otro, en el que ciertos beneficiarios podían hacerse promover. El primer año no se cuenta porque aunque el beneficiario no hubiese sido perturbado durante él en su posesión, ha poseído en el temor de serlo.⁵¹⁾

-233- La posesión mantenida por la fuerza: Punto de vista doctrinal

POTHIER, en el Libro de la prescripción, no llegó a separar, con claridad, el carácter pacífico, de la no interrupción de la posesión. Pudiera pensarse que es pacífica la posesión que no sea interrumpida.⁵²⁾ En cambio, en el libro de la posesión sólo toma en consideración la violencia inicial al calificar de violenta a la posesión.⁵³⁾

El artículo 2233 del Código civil francés, sólo parece contemplar la violencia que se ejerce para adquirir la posesión. Pese a ello la doctrina moderna y la jurisprudencia han puesto de manifiesto que la ley, en el artículo 2229, exige que la posesión sea pacífica, y esta palabra no tendría sentido, aplicada al que sólo por violencia ha podido conservar su posesión.⁵⁴⁾

"No se puede asimilar al ejercicio de un derecho la posesión que ha sido discutida sin cesar".⁵⁵⁾

Esta dirección doctrinal se matiza:

1º.- Los actos de violencia producidos en el desarrollo de la posesión, son indiferentes cuando constituyen violencia pasiva; esto es cuando el poseedor soporta las vías de hecho.⁵⁶⁾

2º.- La violencia activa, empleada por el poseedor para mantenerse en posesión, no convierte en violenta a la posesión, si sólo se emplea de tarde en tarde.⁵⁷⁾

Por esta matización,, la doctrina francesa más reciente parece inclinada a no considerar la violencia que se produce en el curso de la posesión, mientras que la jurisprudencia insiste en las viejas posiciones..⁵⁸⁾

-234- Posesión pacífica en el desarrollo

Hemos visto las formas en que, históricamente, se ha entendido que la posesión deja de ser pacífica. Ahora podemos preguntarnos con referencia a nuestro Derecho, si el carácter originariamente pacífico de una posesión, puede perderse en su desenvolvimiento. La contestación a este interrogante exige distinguir tres tipos de situaciones:

a) La primera, a considerar, se origina por las reclamaciones privadas provenientes del titular.⁵⁹⁾ En este caso, no parece que ellas puedan tener alcance suficiente para convertir a la posesión en "no pacífica". Del hecho de la posesión en concepto

de dueño, que hemos de convenir tiene todo poseedor "ad usucapionem", deriva la presunción legal de que se posee con justo título, no pudiendo obligarse al poseedor para que lo exhiba (art.448 C.c.). Admitir que las simples reclamaciones privadas, aún cuando provengan del dueño, tienen fuerza suficiente para otorgar carácter no pacífico a la posesión, es contrariar la fuerza de esta presunción. Pues dada la transcendencia que reviste el hecho de la posesión, por la confianza que crea, su ataque debe estar reservado a las vías procesales, y no se puede entender, sin que un precepto jurídico lo disponga, que las reclamaciones extrajudiciales lleguen a convertir a la posesión en "no pacífica".

Tampoco es defendible que las reclamaciones privadas (ej. simple petición de devolución de la cosa) producen tan sólo, un vicio relativo en favor del reclamante, de manera que, si tras ellas se declarase que es a él, en lugar de al poseedor, a quien corresponde el derecho sobre la cosa, la reclamación anterior habría interrumpido ya respecto a ese sujeto la posesión, convirtiéndola sólo en su favor, en posesión "no pacífica". Que no es posible este modo de pensar en nuestro Derecho, lo pone de manifiesto la disciplina de la interrupción civil: La sentencia que la produce no se retrotrae más allá de la citación judicial válida (art.1945,1946 C.c.) o del acto de conciliación subseguido de la demanda, en los dos meses posteriores a su celebración (art.1947 C.c.). Ni el acto de conciliación, en otras circunstancias, ni mucho menos las simples reclamaciones privadas (a

diferencia de la prescripción extintiva, art.1973) pueden interrumpir la posesión que conduce a la usucapión.

Las reclamaciones contra el poseedor, a lo más, podrán influir y hasta interrumpir su buena fe, siendo además valioso elemento para demostrar que hubo motivos para que ella cesara (art.435 C.c.).

b) Podría pensarse que la citación judicial, quita a la posesión su carácter pacífico (art.1945 C.c.), mas consideramos que en el Código también se dispone que, de no producirse una sentencia favorable a la demanda, la citación judicial carece de eficacia interruptiva (art.1946,2º y 3º).

De otro lado, si el fallo es estimatorio la interrupción en la posesión se produce por interversión en el concepto en que se posee, que deja de ser potenciador de la usucapión (interversión impuesta). Faltando el "concepto de dueño", elemento esencial de la posesión idónea para usucapir, no tiene sentido negar a la misma el carácter pacífico, aunque, por supuesto, carezca del mismo.

c) Tampoco "transforma" en "no pacífica" a la posesión, la violencia que ejerce el poseedor para repeler la agresión, porque el atacante, aunque se crea con acción o derecho para privarle de la tenencia de la cosa, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente, ante la resistencia del poseedor (art. 441 C.c.). Contra un ataque contra la posesión que emplea medios prohibidos, debe permitirse el empleo de la legítima defensa - (art.8,4º C.P.).

-235- Conclusión

El Código Civil ha extendido las causas por las cuales la posesión tiene un comienzo no pacífico, pero, en cambio, no parece admitir que una posesión, adquirida pacíficamente, pueda cambiar este carácter, salvo el caso de citación judicial. (art.1945) La misma doctrina francesa, que había propuesto una extensión del concepto de posesión violenta a las causas sobrevenidas en el desarrollo de la misma, ha rectificado, volviendo a considerar, tan sólo, la vis inicial.

La violencia inicial, decíamos, la ha entendido nuestro Derecho en un sentido muy extenso: No considera, tanto, el empleo de la vis, cuanto la agresión a la posesión. Por eso no tiene pacíficamente la posesión, quien toma la cosa poseída, sin la voluntad de su poseedor. De esta manera, se garantiza la seguridad de la posesión y se coordina el régimen de la usucapión con el de la defensa interdictal.

Si el atentado contra la posesión lleva consigo una acción delictiva, se impide, por más tiempo, oponer la usucapión.

En todo caso, el carácter no pacífico de la posesión es sanable.

SEGUNDA PARTE

El desarrollo en el tiempo de la posesión "ad usucapionem"

S e g u n d a P a r t e

C a p í t u l o P r i m e r o

La adquisición de la posesión ad usucapionem

Segunda Parte

Capítulo Primero

La adquisición de la posesión ad usucapionem

-236- Introducción

La adquisición de la posesión es la conjugación de dos elementos, el animus o la intención de adquirir y el corpus o la exteriorización social de esta intención del sujeto adquirente. El animus es importantísimo, sin embargo el Derecho buscando la seguridad requiere una debida exteriorización de este ánimo o intención. Tal exteriorización es el elemento objetivo de la posesión, esto es el corpus. En términos generales se puede afirmar que todo comienzo de posesión es también el comienzo de un cierto poder material sobre el objeto poseído.¹⁾

La adquisición de la posesión ad usucapionem ofrece peculiaridades, porque sólo tendrá lugar cuando se posea: en concepto de dueño, pública y pacíficamente (art.1941 C.c.). Estas peculiaridades son las que pretendemos resaltar en este capítulo, titulado, por eso, la adquisición de la posesión ad usucapionem.

¿Cuál es la razón del estudio independiente del comienzo de la posesión? Si el poder de hecho sobre el objeto desde el comienzo hasta la conclusión de la posesión es el mismo, parecería lógico pensar que el comienzo de la posesión no es otro

que el momento en el cual se empiezan a ejercer actos posesorios sobre el objeto. Sin embargo tal conclusión no es válida. El Derecho exige una mayor patentización de los primeros momentos de ejercicio (del corpus posesorio, porque con ello se exterioriza mejor el cambio de poseedor. En las etapas normales de la posesión el sujeto ejerce sus poderes sobre la cosa en forma a veces latente, en cambio, en los momentos de transmisión de estos poderes hace falta un signo ostensible que demuestre el cambio de sujeto.²⁾

Esta idea se refleja en nuestro Derecho, que dedica, a la regulación de la adquisición de la posesión, un precepto, el artículo 438 C.c.³⁾

Por otra parte, estando tratando de una posesión calificada, importa señalar el momento, en que, por existir, puede contarse el tiempo de usucapión.

I.- Modos de adquisición de la posesión

-237- Análisis del artículo 438

"La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho".

-238- Elaboración del mismo

En la elaboración del P. de 1882, SILVELA presentó, como ponente, el siguiente texto en el seno de la Comisión de Codificación (secc.civil):

"La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar sujetos a la acción de nuestra voluntad o inscritos a nuestro nombre en los Registro correspondientes".

A esto observa el Sr. CARDENAS que falta en este artículo algo, a saber aquellos actos que tienen por objeto la misma adquisición. Acogida favorablemente la propuesta del Sr. CARDENAS, se acordó omitir la inscripción y adicionar al artículo los actos que tengan por objeto adquirir la posesión. La inscripción en cuanto pudiera considerarse medio adquisitivo de posesión quedaría igualmente incluida en esta nueva fórmula del precepto.⁴⁾

Tras las discusiones se llegó a la redacción del artículo

438 del P. de 1882, que coincide sustancialmente con la del 438 del C.c. actual.⁵⁾

La Ley de Bases preceptuaba: "La posesión se definirá en sus dos conceptos, absoluto o emanado del dominio y unido a él y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio, manteniéndose las consecuencias de esa distinción en las formas y medios de adquirirla"... Tal mandato no se atiende y el artículo 438 sigue otro sistema al enumerar las formas de adquisición de la posesión. En cambio, sí se toma en consideración para hacer en el artículo 440, una regulación independiente de la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios por el heredero ("estableciendo los peculiares a los bienes hereditarios").

-239- Interpretaciones

a) Jurisprudencia

Nuestro T.S. en sentencia de 19 de febrero de 1958 interpretando este precepto nos lo ofrece como "definidor de la forma de adquirir la posesión, ya por la aprehensión material de la cosa o derecho, bien por quedar estos sujetos a la acción de la voluntad o últimamente por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho".

Con tales términos considera tres medios adquisitivos de la posesión distinguiendo, entre la aprobación material de la cosa o el derecho y el quedar éstos sujetos a la acción de la

voluntad, como si fuesen dos formas distintas de adquirir la posesión. Tal afirmación no se hace mirando la solución del supuesto de hecho planteado sino, más bien, en términos generales, afirmando más de lo que fuera necesario, estrictamente, para resolver la cuestión litigiosa.

-240-

b) Doctrina

Coincide nuestra doctrina en resaltar la incongruente redacción del artículo 438 Código Civil.⁶⁾ Sus términos, poco claros, se interpretan diversamente por los autores. Las múltiples explicaciones podríanse clasificar en tres grupos: las que encuentran en el artículo 438 un reflejo de la clasificación de los modos de adquirir los derechos, en originarios y derivativos (CASTAN; VALDECASAS). Las que, siguiendo su letra, atienden a los tres medios que describe para la adquisición de la posesión (MANRESA, MUCIUS). Por fin la de ALBALADEJO, que acude a una doble distinción, según se trate de adquirir la posesión, como hecho o como derecho.

La adquisición originaria de posesión, "tiene lugar, afirma G. VALDECASAS, sin que medie relación previa alguna del adquirente con un anterior poseedor". Se produce con una "cierta relación material... que socialmente sea considerada como permanente de la cosa...⁷⁾ A esta relación de sujeción sujeción/conduce la ocupación material de la cosa, o su sumisión a la voluntad del adquirente, sin aprehensión corporal.

Derivativamente se adquiere la posesión "cuando se obtiene de un poseedor anterior con su consentimiento o por ministerio de la Ley"⁸⁾ Aquí se estudia la "tradición (real y espi

ritualizada) y la adquisición por el heredero de la posesión de los bienes hereditarios.

Para MANRESA hay tres formas de adquirir la posesión, descritas en el Código Civil. Cada una de ellas comprende, a su vez, unos medios adquisitivos que siguen la directriz de la forma genérica. La ocupación material abarca las adquisiciones por ocupación material. La sumisión a la acción de nuestra voluntad, los supuestos de tradición fingida (longa manu y brevi manu). Los actos propios y formalidades legales, abarca: posesión judicial y administrativa, interdicto de adquirir la posesión, ejecución de sentencia y tradición por escritura pública.⁹⁾

MUCIUS, atiende igualmente a los modos descritos por el Código Civil, que sintetiza en dos, el material o corporal (ocupación) y el jurídico o incorporeal (sumisión a la voluntad). Los actos propios y formalidades legales "no son por si modos adquisitivos propiamente tales, sino medios para la obtención de un modo de adquirir o de recuperar."¹⁰⁾

ALBALADEJO, clasifica los medios adquisitivos de la posesión en medios adquisitivos de la posesión como hecho (ocupación material o el hecho de quedar las cosas sometidas a la acción de nuestra voluntad), y medios adquisitivos de la posesión como derecho (actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho). La posesión como hecho se adquiere derivativamente (entrega, disponibilidad efectiva, convenio) "cuando el poder efectivo... nos es proporcionado por el anterior poseedor".¹¹⁾

Son casos de adquisición de la posesión como derecho: la adquisición de la posesión incorporal del despojado, de la posesión mediata, la adquisición instrumental y documental - (art.1464)¹²)

-241- Posible alcance del artículo 438

La teoría defendida por MANRESA, que siguiendo la letra del precepto divide en tres grupos los modos de adquirir la posesión, es confusa porque no hay otro criterio que el subjetivo del autor para adscribir a cada una de las tres formas los distintos medios de adquisición. Por eso, el mismo MUCIUS, que sigue paralela dirección, de otra formulación, al precisar el contenido de cada una de las formas de adquirir la posesión.

Tampoco la postura de ALBALADEJO parece del todo aceptable, pues la posesión, como hemos intentado anteriormente demostrar, es un hecho, a veces espiritualizado. Cuando la ley considera posesión a situaciones que fácticamente no lo son no lo hace porque considere a ésta como un derecho, sino en calidad de ficción.

Del artículo 438 se deducen dos grandes formas de adquirir la posesión: la ocupación y los actos propios y formalidades legales establecidas. Dentro de la ocupación y junto a la material, se puede encajar el hecho de quedar el objeto sometido a la acción de la voluntad, que menciona el texto de la ley. Es cierto que textualmente el precepto se refiere a tres modos (ocupación, sumisión a la acción de la voluntad, actos propios y formalidades), pues emplea las dos veces una coma y

la partícula o. Pero el sentido jurídico nos indica que la sumisión de la cosa a la acción de la voluntad es una forma, espiritualizada de ocupación. Por eso, la primera y segunda forma lejos de contraponerse, se deben unir: la forma genérica, ocupación, tiene dos variantes jurídicas, la aprehensión corporal y la sumisión del objeto a la acción de nuestra voluntad. Indistintamente se puede utilizar una u otra, y se hará más conveniente, o incluso necesario, el uso de una de ellas cuando lo imponga la naturaleza del objeto y la consideración social que merezcan los actos ejecutados sobre el mismo. Así, por ejemplo, no es lo mismo ocupar unas monedas encontradas en la calle que una finca.

Al contemplarse la ocupación, en este artículo, se considera desde la ausencia de formalidades para adquirir la posesión: el sujeto adquiere el poder sobre la cosa, por sí, sin que medie ninguna formalidad jurídica. Ni siquiera la entrega manual, que aunque simplificado, es ya una cierta formalidad. Comprobaremos más adelante, que esta idea es algo estricta, porque hay muchos casos en que, aún mediando formalidad, en cuanto a los efectos, puede muy bien decirse, que el adquirente ha obtenido la posesión por ocupación (ej. en algunos casos de adquisición judicial de la posesión; cuando la entrega carece de causa).¹³⁾

-242- Actos y formalidades establecidas para adquirir tal derecho:
Derecho al que se refieren

Los actos y formalidades legales establecidos para adqui

rir tal derecho (art.438), plantean como primera cuestión la de determinar a qué derecho se refieren. Hay dos posibles interpretaciones: referencia a la posesión considerada como derecho y preferencia al derecho subjetivo que materialmente se expresa y disfruta en la posesión. Léxicamente parece referida la expresión, "tal derecho", a la posesión. Pero como resulta algo chocante esa calificación de la figura posesoria, que no parece encajar en la función que a la misma se asigna en el sistema del Código, conviene preguntarse: ¿Cómo sería viable la otra interpretación? ¿A qué resultado práctico nos conduciría?.

De referirse la expresión del artículo 438 al derecho poseído, en lugar de a la posesión (calificada de derecho), quedaría reducida la última forma adquisitiva del referido precepto a la posesión de los derechos sin base objetiva corporal (cfr. nº 15)). La posesión de cosas no podría adquirirse por los actos propios y formalidades legales establecidas por el Derecho. Y sin embargo, en cuántos casos se adquiere la posesión sobre una cosa por virtud de dichas formalidades y actos (ej. entrega instrumental, posesión civilísima)! ¿No es esto un indicio de que la correcta interpretación del artículo 438 ha de seguir, forzosamente, otros derroteros? De lo contrario sería incompleto.

La constante referencia de toda adquisición derivativa de la posesión a una causa (art.609,460,2º) hace comprender que los actos que nos refiere el artículo 438 no son peculiares de

la posesión, e independientes de los que potencian la transmisión de los derechos subjetivos. Título y modo forman una unidad (comp.art.609,1095): es a la que se refiere el artículo 438. Con esta coordinación en los medios de transmisión de la posesión y de los derechos subjetivos, se asegura el desenvolvimiento práctico del principio de causalidad en las transmisiones jurídicas.

Hay que reconocer, sin embargo, que en ciertos casos la adquisición de la posesión por algún medio dispuesto por el Derecho, se desfasa de la adquisición de la titularidad. O porque aquella se ha adquirido ya (ej. legado de cosa específica y determinada, propia del testador, art.882 y 885 C.c.); o porque se trata de una reclamación de la cosa basada en el ius possidendi que tiene todo titular (acción reivindicatoria) o por la apariencia de titularidad en que se basa la atribución procesal de la posesión (ej. interposición del interdicto de adquirir por el heredero aparente).

En consecuencia, la posesión se adquiere por los actos y formalidades que potencian su adquisición, y la calificación de la posesión como derecho, que esta interpretación lleva consigo, no debe ser muy tenida en cuenta, porque no responde al sistema del Código.

-243- Enumeración de los mismos

Debemos distinguir previamente entre los actos que tienen por objeto atribuir la posesión y los que implican la puesta en la material tenencia, de quienes tenían ya una posesión in

material. En este caso se encuentra el interdicto de retener y recobrar. Mayores dudas ofrece el procedimiento del art. 41 L.H. Por tocar a la naturaleza de la posesión registral, que está fuera de este trabajo, no voy a tratar la cuestión de si el procedimiento del art. 41 L.H., atribuye una posesión nueva o significa la realización de la que presume el Registro de la Propiedad (art. 38 L.H.).

Nuestro estudio se restringe aquí a los actos y formalidades que supongan un comienzo efectivo de la posesión, porque antes de ellos no se tenía ningún tipo de posesión. Son:

1º.- La entrega de la cosa (art. 1462 C.c.), que precedida de una causa (art. 460 C.c.) desplaza la posesión de un sujeto a otro, haciendo obtener al adquirente la posesión del cedente.

2º.- La aceptación de la herencia, que al par que atribuye la titularidad de los bienes, significa también la adquisición de la posesión civilísima de los mismos (art. 440 C.c.). Esta posesión tiene un carácter peculiar, resaltado por lo que toca a la usucapión.

3º.- Ciertas formas judiciales encaminadas a poner a un sujeto en posesión de una cosa. Entre ellas se encuentran:

a) Interdicto de adquirir. Si se entiende que en este proceso no se concede más posesión que aquella que venía siendo gozada, aunque de modo incorporal, por título hereditario, este procedimiento no sería un medio de adquirir la posesión ex novo.^{13)bis} Esta afirmación no parece del todo exacta: El inter-

dicto de adquirir tiene ese cometido, y también puede, anormalmente, dar lugar a una adquisición de posesión que exceda de la que, espiritualizadamente, se tenía en concepto de posesión civilísima (arts.1637,1641,1646 L.E.C.).

Así en dos supuestos: Cuando el que lo interpone no sea el ~~verdadero~~^{heredero}¹⁴⁾, no goza de la posesión civilísima, pues ésta se restringe al heredero (comp. art.440); la investidura¹⁵⁾ que el Juez le otorgue sobre los bienes de la herencia, le hace adquirir una posesión material, ex novo, que no tiene entronque alguno con una previa posesión civilísima. Sobre la base de la posesión, así obtenida, su adquirente puede llegar a la usucapión de los objetos de la herencia.

Además, y estamos ya en el segundo supuesto, como la concesión de esta posesión en nada prejuzga la titularidad (se puede conferir sin que el que la obtiene sea el dueño, v.art. 1641 L.E.C.) si en la fase sumaria, la segunda, se presentare un sujeto con mejor derecho, (art.1637 y 1646 L.E.C.) él se ha de atribuir la posesión. Este mejor derecho, parece^{que} no tiene necesariamente que derivar de otro mejor título hereditario ni ser el mejor derecho que ostenta para poseer, quien viene poseyendo desde hace un año (vid.art.1646 L.E.C.). Por lo cual la posesión que se adquiere no tiene entronque con la posesión civilísima: y puede significar la adquisición de una posesión que antes no se tenía.¹⁶⁾

El Código Civil prevé el caso en que el heredero reciba una posesión viciosa, admitiendo que tales vicios no afectan al heredero que no tenga conocimiento de los mismos. El Cód-

go no puede referirse a vicios de carácter objetivo, porque afectan a la posesión, en cuanto tal, con independencia del desconocimiento que de ellos tenga el poseedor. El Código en art.442, se refiere a la posesión de mala fe (comp.art.442, in fine).

b) La posesión judicial conferida en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir. El Juez, tras examinar el título presentado (v.art.2056 L.E.C.), si lo encontrare suficiente, dictará auto mandando dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho (art.2057). Como esta atribución posesoria se hace sin perjuicio de tercero de mejor derecho, no prejuzga la titularidad del investido en la posesión. Y como a través de este medio se puede obtener una posesión de hecho de la que se carecía, puede comenzarse con ella incluso la usucapión.¹⁷⁾

c) Ejecución: La ejecución satisfactiva consiste en la dación de una cosa específica que directamente reclama el titular de la pretensión.¹⁸⁾

"Cuando, en virtud de la sentencia, deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado.

Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiera ser habida". (art.926 L.E.C.).

El acto de la ejecución comprende el apoderamiento de la cosa, por el Organo Jurisdiccional y su entrega al ejecutante.

Esta entrega le constituye en poseedor e incluso, en algunos casos en poseedor ad usucapionem. Veámoslo.

La ejecución tiene por causa un título procesal,¹⁹⁾ que es el reflejo de una situación material jurídicamente protegida. Atendiendo a esta situación sustantiva, la ejecución puede provenir entre otros, de un derecho real o de un derecho de crédito. En el primer caso si el título procesal o sentencia en la que se condena a entregar una cosa, produce cosa juzgada material, la situación queda consolidada y el ejecutante en virtud de este título, puede decirse que obtiene frente al otro litigante una situación jurídica prevalente. Porque si la sentencia no corresponde al derecho de la parte, su declaración se debe a una cierta disposición del otro contendiente (no demuestra su derecho), explicable en el jicio civil.²⁰⁾ Si el pronunciamiento judicial no crea cosa juzgada material, por el carácter sumario del juicio, o con respecto a terceros (art.1252) hay posibilidad de que la usucapión comience gracias a la posesión adquirida: La adquisición posesoria, puede calificarse de originaria.

Si el título de ejecución se apoya en un derecho de crédito, de aquellos que mediante la entrega de la cosa, transfieren un derecho real (ej.compra venta), la puesta en posesión por el Juez equivaldrá, a los efectos transmisivos (art. 609), a la entrega que debía hacer el deudor. Faltando los presupuestos necesarios para la transmisión del derecho, el ejecutante quedará convertido en poseedor ad usucapionem. Si el ejecutado no era más que poseedor usucapiente, el tiempo de

posesión del ejecutado favorece al ejecutante, como si hubiese habido entrega (v.art.1960,19, C.c.). La intervención judicial sustituye, en todo,²⁰ la actividad del deudor; por eso la adquisición de posesión es derivativa.

d) En el embargo, aunque puede haber una entrega de la cosa y una desposesión, como la entrega se hace en calidad de depósito (art.1409 L.E.C.) o administración (1450 L.E.C.) para trabar un bien a las resultas de la ejecución,²¹⁾ no puede producir la adquisición de la posesión en concepto de dueño para que se produzca la usucapión.

-244- Cuestiones que suscita la adquisición derivativa de la posesión

Hay un sector doctrinal para el cual la posesión como hecho, no se puede adquirir derivativamente.

Se ha dicho: "En cuanto a la posesión como hecho, afirma una extendida opinión que sólo hay adquisición originaria, porque la transmisión no cabe, pues un hecho no puede transferrirse".²²⁾ MANRESA, en parte sigue esta dirección al incluir dentro de la ocupación material de la cosa (art.438), a las formas de entrega material.²³⁾ El que adquiere la posesión con intervención de otro sujeto (derivativamente), no recibe por transmisión el hecho posesorio del causante, lo que es imposible, sino que adquiere otro hecho. Su posesión comienza con su poder de hecho sobre la cosa.²⁴⁾ En realidad los autores que han negado la transmisibilidad de la posesión han puesto de relieve lo que con gracejo dijera D. Jerónimo GONZALEZ:

que la posesión es un hecho y que así como sucede con la digestión, el hecho es intransmisible. Esto es cierto sólo a medias, porque el concepto de sucesión jurídica se adapta a las peculiaridades de las figuras en que se realiza. Los mismos contradictores de la sucesión en la posesión han venido posteriormente a admitirla.²⁵⁾

Tiene el mérito de destacar que la transmisión de la posesión es diferente de la transmisión de un derecho subjetivo. Esta se produce al asumir el adquirente la titularidad del mismo. Por otra parte, en ésta hay sucesión en la titularidad de un mismo derecho que permanece inalterable. La sucesión en la posesión en cambio, exige la reproducción por el nuevo sujeto de nuevos actos posesorios.

Pero no resulta jurídicamente exacto, por los siguientes motivos:

19.- El adquirente es cierto que ejerce un poder independiente del que ejercitara su antecesor. Es el poder que crea él mismo con sus actos. Pero esto es sólo una visión parcial y más de tipo naturalístico que jurídico, porque entre ambos poderes hay: coincidencia de objetos y de contenidos (en la extensión del corpus y del concepto en que se posee). Porque entre ambos poderes hay una coordinación sucesoria (p.ej., en la entrega, previa existencia de posesión en el transmitente, confluencia de voluntades, medio jurídico ad hoc para el traspaso). No es ajena al Derecho la preocupación por la regulación de esta sucesión de poderes.

Para que haya sucesión en la posesión ad usucapionem, no basta que se asuma el poder material sobre la cosa. Hace falta que se asuma en el mismo concepto que el antecesor,²⁶⁾ La sucesión en la posesión ad usucapionem, no es tan sólo una ocupación autóctona, que encuentra razón en sí misma, y que a lo sumo tiene como antecedente la retirada del anterior poseedor. Por el contrario, en la posesión ad usucapionem, hay una misma apariencia de derecho que se continúa de un poseedor a otro, apareciendo hacia terceros como una sucesión en titularidad (tan sólo aparente). Además de esto, la adquisición derivativa de la posesión ad usucapionem por cesión (artículo 460, 2º C.c.) requiere: previa existencia de posesión en el cedente ((art.460,2), voluntad de las partes {comp.art.460, 4; 441, 444,, 446 C.c.) y forma adecuada de efectuar el traspaso (artículos 1462ss.), lo que destaca la idea de sucesión posesoria.²⁷⁾

La preexistencia de posesión en el cedente no sólo es un presupuesto lógico, sino también jurídico, porque en otro caso no habría transmisión. Notemos además cómo el Código se refiere a la cesión dentro de las causas de pérdida posesoria (art.460,2º).

En cuanto a la voluntad, NÚÑEZ LAGOS, atinadamente nos dice a propósito del acto del solvens (cedente): "Más que un acto de abandono es un acto de deje. El solvens deja la cosa en poder del accipiens. Esto implica, al lado del acto material, un contenido volitivo de significación receptiva. Este aspecto volitivo, aunque sólo se manifieste rebus ipsis existe siempre

aunque no sea más que de modo negativo, porque no hay indicación de un destinatario distinto.

La derelictio (lo mismo que la ocupación) es acto erga omnes y no tiene una dirección personal determinada. Por el contrario en el pago, incluso en los supuestos de error subjetivo hay siempre un destinatario predeterminado.

En el deje que implica el pago, no sólo hay una dirección personal (destinatario); hay también un determinado y concreto destino: "invertir al destinatario, accipiens del poder de disposición posesoria de la cosa, privándose de él el solvens"^{27 bis}

El traspaso posesorio y la voluntad cedente y receptiva cristalizan en la unidad de un acto jurídico, que sirve para transmitir la posesión: la entrega. Este acto nunca es independiente del título que le antecede (v.art.460,2º). El título es imprescindible.²⁸⁾ El Tribunal Supremo impide la accessio possessiones en S. 20, noviembre, 1964, en cuyo supuesto, el título no era traslativo del dominio. Al mismo tiempo advierte que la adquisición de posesiones se produce con la entrega (S. 1 julio, 1966).

En la adquisición por el heredero de la posesión civilísima el Derecho coloca al heredero en la misma situación posesoria del causante. Hay una auténtica sucesión en la posesión, aunque el mecanismo, por la naturaleza del caso, no puede ser el mismo que el de la entrega (art.440 C.c.)²⁹⁾ Es corriente que los herederos al dar comienzo a la posesión de la cosa lo hagan bajo un concepto distinto del de su causante, como sucedió en la sentencia de 26 octubre, 1966. El causante había

poseído como arrendatario. Los herederos incluyeron en la partición de la herencia de su padre a las fincas arrendadas y comenzaron a poseerlas en concepto de dueños. Hay dos posesiones de signo diferente, y por consecuencia el tiempo de posesión del causante no aprovecha para la usucapión de los herederos.

También se suple la intervención del tradens, por la del Juez en la ejecución de obligaciones de entregar cosa de terminada con el consiguiente efecto de la sucesión en la po sesión (art.1960,1º).

2º.- Nuestro Derecho presta eficacia a la sucesión en la posesión ad usucapionem: (art.1960,1º C.c.). Esto es decisivo: La posesión es presupuesto de estos efectos; cuando hay sucesión en los efectos posesorios, hay sucesión en la posesión, porque ésta es supuesto de hecho de la usucapión.

"El poseedor actual debe completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de un causante"(art. 1960,1º). Causante no sólo mortis causa, sino inter vivos. Causante es el poseedor anterior que transmite la posesión.

La unión de tiempos, no es unión formal, sino resultado de la unión material de posesiones.

En la sucesión por título hereditario, el heredero, dice el Código Civil, no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa del causante (art.442 C.c.), lo que se refiere a aquellas cualidades, que como la buena fe, son específicas del poseedor, y en las que no se puede dar la sucesión. Pero no afec

ta a la posesión misma, "se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante" (art. 440 C.c.).

Debemos pues concluir que existe sucesión en la posesión, porque existe sucesión en los efectos de la misma, pero que esta sucesión no es sucesión en un derecho subjetivo, sino en la situación atributiva de un derecho.

II.- Formas originarias de adquirir la posesión ad usucapionem

-245- Doble faceta de la ocupación

La ocupación presenta en nuestro Derecho una doble faceta: atributiva de la posesión (art.438 C.c.) y de la titularidad de un derecho (art.609, 610, C.c.).³⁰⁾ Por eso destaca nuestra doctrina, cómo el Código cuando la refiere a la adquisición de la posesión habla de ocupación material (art.438 C.c.).³¹⁾ Sólo nos interesa aquí tratar de la ocupación como medio de adquirir la posesión. La posesión ad usucapionem puede originarse en la ocupación (ej.cosa ajena; buena fe). En ella la ocupación puede tener implicaciones de justo título (art.1952), que igualmente descartaremos en este trabajo.

-246- Concepto

La ocupación como comienzo de la posesión, es un acto material que provoca la adquisición de la misma, si se dan los presupuestos para esa eficacia jurídica. Estos son: toma material de la cosa, voluntad exteriorizada, ausencia de vicios en la posesión.³²⁾

-247- Elemento material

La adquisición originaria se produce en el Código Civil por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad..." (art.438).

En el Derecho Romano, se trataba con más rigor a la adquisición originaria que a la derivativa.³³⁾ Los romanistas anteriores a Savigny, han exigido un contacto inmediato con el objeto, que en los muebles se expresa en cogerlos con la mano, y en los inmuebles en poner sobre ellos el pie, y como excepción, han calificado de aprehensio ficta los casos infinitos en las fuentes, en los que se adquiere la posesión por actos corporales pero sin contacto inmediato.³⁴⁾

SAVIGNY nos ofrece una interpretación unitaria a la aprehensión. Sobre el análisis de abundantes textos romanos concluye que la posibilidad de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y no el contacto corporal, es lo que constituye la aprehensión.³⁵⁾ Desaparece así la aprehensio ficta, lo que no deja de ser un acierto, pues las ficciones, en Derecho, son a menudo el saldo desfavorable de una perezosa osificación de los conceptos. Se nos ofrece un concepto unitario del acto de aprehensión.

En nuestro Derecho Histórico, las Partidas disponen que para ganar posesión de cualquier cosa "ha menester que haga dos cosas. La una, que haya voluntad de la ganar, la otra que la entre por si corporalmente o la tenga..."³⁶⁾ La Glosa interpretando este texto no considera a la aprehensión corporal como única causa de adquisición de la posesión.³⁷⁾ Admite la ocupación sin material aprehensión y esta línea interpretativa se mantiene aún en el siglo XIX. GOMEZ DE LA SERNA, refiriéndose a la posesión, menciona a la ocupación como modo de adquirirla que "consiste en el acto material de la tenencia de la

cosa, y debe ser o verdadera o supuesta por la Ley".³⁸⁾

Sin embargo, ni en las Partidas aparece claro el deslinde entre la aprehensión posesoria y la entrega posesoria ni nuestra doctrina tiene escrúpulos en aplicar las formas simbólicas de tradición, para explicar la aprehensión no corporal, o supuesta por la Ley.³⁹⁾ Todo esto provoca dudas sobre si el texto de las Partidas (L.6, t.30, P.III) se refería a la ocupación posesoria o a la entrega, y aún si estas dos formas adquisitivas estaban, para la posesión, bien delimitadas. Pero con independencia de ello la influencia en la doctrina del siglo XIX es importante. GOMEZ DE LA SERNA distinguía ocupación verdadera y supuesta, y en esta distinción reflejaba los extremos previamente manifestados al hablar de la tradición.⁴⁰⁾

GUTIERREZ señala que se entiende por aprehensión el acto corporal, entendiendo por esta palabra "la posibilidad de obrar inmediatamente sobre la cosa, excluyendo toda acción extraña".⁴¹⁾ Sus ideas están empapadas del espíritu de SAVIGNY.

La doble forma de manifestarse la aprehensión se refleja en el Código Civil: Junto a la ocupación material, la aprehensión puede verificarse por la sujeción del objeto a la acción de la voluntad (llamada aprehensio ficta). El Código menciona dos variantes en la adquisición originaria de la posesión pero no las integra en una versión unitaria a la manera de SAVIGNY, o GUTIERREZ. Y como la segunda abarca a la primera se critica por MARTIN PEREZ la reiteración.⁴²⁾

Las dos formas adquisitivas se equiparan, por el uso de la partícula "o", por esto, es posible ofrecer un concepto unitario de la aprehensión en el artículo 438.

La sumisión de la cosa a la acción de la voluntad es el requisito necesario para que se produzca la adquisición originaria de la posesión. La ocupación material de la cosa es uno de los medios a través de los que se logra esta sumisión. Junto a ella existen otras maneras de lograr esta sumisión.

Se advierte, a propósito de estos medios de sumisión que su utilización es imprescindible, pero que no es indispensable el uso de uno concreto para lograr el resultado atributivo. El elegido deberá ser suficiente para vencer la ajena influencia sobre la cosa, por eso, a veces, es incluso necesaria la ocupación material, para expresar la apropiación.⁴³⁾

-248- La voluntad exteriorizada

La exteriorización de la voluntad es necesaria en la ocupación, ya que ésta es un modo de adquisición voluntario. La voluntad sirve además para fijar el concepto en que se tiene la posesión (art.1941,447,436 C.c.), ya que al faltar un título bilateral⁴⁴⁾ se subjetiviza la fijación del mismo: Para paliar este efecto el ordenamiento requiere la exteriorización del acto de ocupación (corpus y concepto) frente a la comunidad, para que pueda llegar a conocimiento del titular.⁴⁵⁾

-249- Ausencia de vicios

Nos referimos aquí a los vicios de la posesión adquirida

por ocupación: vicio de violencia (art.441 y 444), vicio de clandestinidad (art.444). El estudio de estos vicios no pertenece a un trabajo que verse sobre la posesión ad usucapionem. Son vicios generales de la posesión.⁴⁶⁾ El carácter viciado de la ocupación puede resultar de la prohibición que la ley establece en relación con el objeto.

Algunos casos de ocupación viciosa están señalados en el Código Civil. Así: Palomas, conejos y peces que de sus respectivos criaderos pasasen a otro perteneciente a distinto dueño atraídos por medio de algún artificio o fraude (art. 613, C.c.); objeto perdido que se apropia el hallador, incumpliendo sus obligaciones (art.615 y 616, C.c.)⁴⁷⁾ El tesoro apropiado íntegramente por el desenterrador suscita mayores dudas, pues no está claro si el derecho del dueño del terreno a la mitad es real (copropiedad del tesoro) o personal (crédito contra el hallador). De considerarse de naturaleza real, la ocupación íntegra del tesoro sería viciosa.⁴⁸⁾

-250- Objeto material de la ocupación: particularidades del mismo

Lo son las cosas y los derechos (art.438 C.c.) Esta doble referencia a cosas y derechos se debe interpretar en relación con otros preceptos del mismo Código Civil (ej.art.430, 431,432,437...), de cuyo sentido resulta que la posesión es de cosas cuando se refiere a un objeto de base corporal y de derechos cuando se refiere a un objeto sin base corporal como las servidumbres, uso de aguas públicas, propiedad intelectual o industrial. En las cosas, la ocupación puede referirse a la

propiedad (supuesto normal) o a otro derecho real limitado (ej. toma de una cosa mueble ajena sin voluntad de su dueño en prenda), o a utilizaciones limitadas (ej. hurto de uso).

Según se trate de cosas o de derechos; y según sea la naturaleza de aquellos⁴⁹⁾ a éstos, serán distintos, como ya hemos indicado, las formas de realizar la toma de contacto con la cosa.⁵⁰⁾

En relación con los bienes inmuebles, antes de la Ley del Patrimonio del Estado, la doctrina ponía en duda si la Ley de Mostrencos (9,V,1835) continuaba vigente o había sido derogada y sustituida por el Código Civil.⁵¹⁾ En algunas ocasiones la jurisprudencia y doctrina sostuvo como más probable⁵²⁾ que el Código no había derogado en este punto a la Ley de Mostrencos (art.1º L.M.): La ocupación de los inmuebles no dará lugar a la adquisición del derecho de propiedad (cfr. arts. 609, y 610 C.c.)⁵³⁾ pero será comienzo de la posesión ad usucapionem, pues estos bienes son usucapibles;⁵⁴⁾ así lo disponía la Ley de Mostrencos: "La prescripción con arreglo a las Leyes comunes excluye las acciones del Estado y cierra la puerta a sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en esta Ley" (art.11, L.M.).⁵⁵⁾ La Ley del Patrimonio del Estado atribuye al Estado los bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido, en calidad de bienes patrimoniales (art.21-I L.P.E.; 51 R.P.E. También Cfr. Base III, L. Bases de Patrimonio del Estado). La adquisición de estos bienes por el Estado no se condiciona a la toma de posesión (cfr. art.21 L.P.E. y 51 R.P.E.) Por consecuencia los particulares

no pueden ejercitar la ocupación sobre estos bienes, para adquirir el dominio, pues en ningún caso carecerán de dueño (cfr.art.610, C.c.). La ocupación material de la cosa podrá, sin embargo, significar el comienzo de la usucapión, de acuerdo con las Leyes comunes (art.252 L.P.E. y 56 R.P.E.).

En cuanto al derecho de caza y pesca, deberá estarse a las leyes especiales (art.611 C.c.).⁵⁶⁾ Con referencia a los efectos de la infracción de estas disposiciones se deberá tener en cuenta:

1º) Que las infracciones de las mismas pueden constituir falta o delito (art.44 y 45, L.16 mayo,1902, de caza y 59, L. de pesca fluvial de 20 febrero,1942). Esto impide su usucapión (art.1956 C.c.).

2º) Que en todo caso se condena a la pérdida de la caza (art.48 L.Caza, 16, mayo,1902) y caerá en comiso la pesca (art. 59 L. de pesca fluvial, 20 febrero,1942) al infringirse estas leyes.

La usucapión exige por tanto la extinción de responsabilidades (art.1956).

La Ley de Puertos, a la cual se remite el Código Civil dispone: "Pertenece al Estado lo que no teniendo dueño conocido sea objeto de hallazgo en el mar o en sus orillas donde hubiere sido arrojado por las olas, siempre que no se trate de productos de la misma mar" (art.5 L.Puertos,19, enero,1928).

Es también de tener en cuenta el régimen especial que fija el Código para las abejas y los animales amansados (art.612 C.c.)

III.- La cesión de posesión o entrega

-251- Introducción

La entrega de la cosa es el medio jurídico de conseguir en nuestro ordenamiento la transmisión de un derecho, cuando dicha entrega va precedida de un contrato trasmisivo. Mas la entrega no siempre logra el efecto transmisivo. En un buen número de casos inicia la posesión "ad usucapionem", o continúa la que había comenzado el causante.

En este estudio vamos a dedicar un primer apartado a la delimitación de los supuestos en que la entrega pesa al comienzo de una posesión "ad usucapionem". Un segundo apartado al análisis de las formas de traspaso del poder material, mediante entrega, para conocer la índole del poder posesorio obtenido con este medio.

En el primer apartado tras una introducción terminológica, presentaremos los casos en que la entrega de la cosa no puede traspasar el derecho, para resaltar en éstos los que significan un comienzo de la posesión "ad usucapionem".

A.-Terminología

-252- "Cesión de posesión" y "entrega":

"Entrega" y "cesión de posesión" son términos equivalentes. El cumplimiento de la obligación de entregar (art.1445, 1461 C.c.), se efectúa mediante la cesión de la posesión (v. art.1462 ss. en relación con el art.460,2º C.c.). De los dos

parece más adecuado el segundo, cesión de posesión. Con él se soslayan posibles confusiones entre entrega y tradición. Además nuestro Código lo emplea con exclusividad al referirse a la transmisión posesoria (art.460,2º). Nosotros, sin embargo, para evitar reiteraciones, hablaremos indistintamente de entrega y cesión de posesión.

La cesión de posesión puede definirse como "el acto jurídico de transmitir la posesión a otro sujeto, en el mismo concepto en que la ostenta el cedente, como presupuesto de la atribución al cesionario de los efectos típicamente posesorios, entre los que se encuentra la usucapión si a ella hubiere lugar".

-253- Entrega y tradición:

Por imponerlo la buena técnica jurídica es obligado descubrir las divergencias conceptuales que se esconden detrás de estos términos, que aparecen diferenciados, por su uso, en la terminología del Código Civil.

A la entrega se refiere el art.1157, comprendido en la sección del pago, el art.1095 y los contenidos en la regulación de la compraventa (1445,1461), además de otros (1554,1º; 1740; 1758; 1863; también v.art.1730). De la tradición nos habla el art.609 C.c.

No debe contraponerse a la entrega la "puesta a disposición" (cfr.art.339 C. de C.), pues es un modo de efectuarse la entrega.

Esta diferenciación terminológica (entrega, tradición) nada significaría, si no implicase repercusión en la mejor aplicación del Derecho. Nosotros la destacamos porque tiene ese valor y tras ella se esconden conceptos diferenciados. La tradición produce la transmisión del derecho real. Tiene como presupuesto a la entrega: Porque el acreedor no adquirirá derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada (art.1095). La entrega, en cambio, no produce necesariamente tradición (transmisión de derecho real). Limita su efecto en ocasiones a la cesión de posesión.^{56 bis)}

La tradición es el efecto jurídico de la cesión de posesión, subsiguiente a un contrato transmisivo, que provoca la transmisión del derecho, si no hay causa que impida la normal eficacia de tal cesión. Es un efecto natural de la entrega, cuando va precedida de un título adecuado. Es por tanto automática, y parece por ello una incorrección técnica plantear la cuestión en términos de si es obligatorio el vendedor transmitir la propiedad de la cosa vendida.⁵⁷⁾

-254- B.- Supuestos de entrega sin transmisión del derecho

La entrega no transmite derecho en los siguientes casos:

1º.- Cuando no exista título.

2º.- Cuando le anteceden contratos no traslativos del dominio o derecho real.

3º.- Cuando, precedida de contrato transmisivo, el enajenante (cedente de posesión) no sea dueño de la cosa (titular),

o carezca de la libre disposición de la misma (venta con pacto de retroheredería fiduciario, art. 781 C.c.; interdicción civil).^{57 bis)}

42.- Cuando expresamente se pacte tal restricción: cláusula de reserva de dominio.

-255- 1.- Título o causa de la entrega

La entrega como mera cesión de posesión crea una situación equívoca,⁵⁸⁾ incolora,⁵⁹⁾ por eso, necesariamente, debe ir precedida de una iusta causa, lo que no se entiende del mismo modo por los distintos sistemas y autores.

-256- Derecho romano

En el Derecho romano tanto la mancipatio⁶⁰⁾ como la in iure cessio eran negocios abstractos,⁶¹⁾ en cambio la traditio, ~~consistía~~ en la mera entrega corporal o transmisión de la posesión, en su elaboración por el Derecho clásico, según la teoría que hoy prevalece, debe ir precedida del título o iusta causa.⁶²⁾

Según la concepción romana primitiva y clásica como nos indica Max KASER, "este título representa en realidad, el momento impulsivo que opera la traslación de la propiedad y la entrega corporal constituye tan solo la perfección real de esta determinación causal".⁶³⁾ No faltan sin embargo excepciones a este principio, como es la especial regulación de la causa solvendi, y posibles dudas cuando la invalidez de la causa emptio-nis, donationis, dotis, etc., no es conocida por el adquirente

que cree en su existencia (título putativo).⁶⁴⁾

En la época postclásica, con la irrupción del Derecho vulgar queda relegada a segundo plano la traditio. "Ahora lo decisivo, continúa KASER, es la compraventa que se ejecuta inmediatamente transmitiendo así la propiedad. Asimismo la donación, la constitución de la dote, bastan para transmitir la propiedad, con tal de que la cosa se entregue simultáneamente. Con ello se sacrificó la distinción, cuidadosamente elaborada por los romanos, entre negociocausal y entrega, confundiéndose el negocio obligatorio y el negocio real, análogamente a como sucedía en la época primitiva con la mancipatio".⁶⁵⁾

Con Justiniano hay una vuelta al Derecho clásico: Se separa de nuevo el negocio causal de la transmisión, que ahora tan sólo se efectúa por la traditio. A esto se añaden elementos aportados por el desenvolvimiento experimentado en la doctrina de las escuelas orientales. Así, advierte KASER, "parece que se dió preferencia a la idea de no ver en la iusta causa un requisito necesario para la validez de la transmisión, bastando la voluntad del enajenante de transmitir la propiedad, el animus transferendi dominii. La doctrina romano-bizantina posterior elabora esta idea hasta llegar a la figura del contrato real abstracto, basado en la concorde voluntad de transmitir y adquirir la propiedad".⁶⁶⁾

-257- Derecho moderno

En el Derecho moderno el sistema francés y alemán marcan los dos extremos de la panorámica de sistemas transmisivos. El

primero se caracteriza por la transmisión de los derechos reales, solo consensu, el segundo por la figura del contrato real transmisivo. Hemos elegido estos dos sistemas de Derecho comparado, por ser los más representativos.

Nuestro Derecho recoge la herencia romana, exigiendo la entrega, pero no configura a ésta cómo negocio independiente.

-258- a) Sistema francés

El Derecho francés atribuye eficacia transmisiva al contrato, con lo cual la entrega queda ya desprovista de tal significación jurídica, siendo cumplimiento de una obligación subsiguiente a la transmisión.

Entre los modos de adquirir la propiedad de los bienes, señala el Código francés a las obligaciones (art. 711 C.c. francés). Como consecuencia de esto en otro artículo añade: "La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace propietario al acreedor..." (art. 1138). El principio se concreta y reitera en las disposiciones relativas a la donación (art. 938), compraventa (art. 1533) y permuta (art. 1703).⁶⁷⁾

"La oposición entre el derecho francés y las legislaciones que, como el derecho romano y otros modernos, subordinan la transmisión de la propiedad a un acto o una formalidad distintos del contrato, se encuentra (advierde MAZEAUD) sensiblemente atenuada: en materia mobiliaria por la regla del art. 1141 C.c.

que permite al segundo adquirente de buena fe llegar a ser propietario de un inmueble anteriormente enajenado y cuyo enajenante no ha perdido la posesión; en materia inmobiliaria, por la publicidad fundiaria gracias a la cual los terceros tienen el derecho de ignorar las transferencias no publicadas. La aplicación del art.2229 C.c. evita igualmente a los adquirentes de buena fe de un inmueble ver oponérseles la nulidad del título de su causante; en revancha, y este es uno de los puntos flacos de nuestro sistema de publicidad fundiaria, la publicación, no borrando los vicios del título, no coloca al adquirente de un inmueble al abrigo de las nulidades que afectan al derecho de su causante. Nuestro régimen de publicidad fundiaria no otorga pues plena seguridad a los terceros; no evita todos los peligros del sistema de transmisión solo consensu".⁶⁸⁾

-259- b) Sistema alemán

El sistema alemán sigue otra dirección cuya gestación se desarrolla por la ciencia pandectista a lo largo del siglo XIX. Apoyándose en las fuentes justinianas, que a la verdad ofrecen en este punto un cuadro algo contradictorio,⁶⁹⁾ SAVIGNY nos ofrece, con su potencia creadora, la figura del contrato real abstracto,⁷⁰⁾ que va inflamando a la doctrina alemana⁷¹⁾ hasta influir directamente en el Código Civil. En éste encontramos dos negocios independientes: negocio obligacional (ej.compraventa) y negocio transmisivo. El segundo es un negocio real encaminado a la transmisión del derecho sobre la cosa. Es ade

más un negocio abstracto, lo que significa que produce un efecto transmisivo con independencia de la existencia y validez del negocio obligacional (66 929 y 873 B.G.B.). El contrato real reúne, además, ciertos requisitos que tratan de asegurar la publicidad: entrega para los muebles, inscripción en los inmuebles.⁷²⁾

-260- c) Sistema español

El sistema francés y alemán nos han descubierto los dos polos en las formas transmisivas de los derechos reales. Nuestro sistema se sitúa en la línea media de ambos. Frente al francés proclama el principio del título y el modo, exigiendo la entrega para que se produzca la transmisión del derecho. Frente al alemán afirma el principio de la causalidad, exigiendo que la tradición vaya precedida de una justa causa, no constituyendo por sí sola negocio jurídico independiente.

En nuestro sistema no basta el mero consentimiento para transmitir el derecho, al contrato ha de subseguir la entrega de la cosa para que sea posible la atribución jurídica (art. 1095): así se destaca del francés. De otro lado la entrega, para que produzca efectos traditorios debe ir precedida de un título o negocio transmisivo (art. 609), con lo que la fuerza transmisiva de la entrega proviene, no de un supuesto contrato real, sino del propio contrato obligacional que hace que el ordenamiento otorgue un concreto color transmisivo al equívoco traspaso posesorio. De otro lado la entrega de la nuda posesión,

abstraída de todo derecho, es inconcebible, pues la posesión debe corresponder siempre al ejercicio de un derecho. Si no llega a atribuirse, mediante la entrega, crea, al menos, una situación posesoria representativa del mismo concepto en que se posee y convertible en él con el transcurso del tiempo (usucapión extraordinaria).⁷³⁾

aa) Naturaleza causal de la cesión de posesión

-261- aaa) Antecedentes

Nuestros antecedentes históricos en opinión de LACRUZ, son "absolutamente inequívocos: con las Partidas,⁷⁴⁾ con la doctrina clásica según la cual acquiritur dominium traditione ex titulo habili (Gregorio LOPEZ); con las concepciones reinantes en el siglo XIX, merced a la popularidad de los textos de VINNIO e HEINECIO,⁷⁵⁾ y que recogen todos los civilistas;⁷⁶⁾ con la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, tan clara en este punto; con la Base 20 de la Ley de 1888, al decir que "los contratos, como fuentes de las obligaciones se rán considerados como meros títulos de adquirir..."⁷⁷⁾

-262- bbb) Doctrina de abstracción

Cuatro plumas ilustres han mantenido entre nosotros la abstracción de la tradición: De DIEGO, Jerónimo GONZALEZ, NUÑEZ LAGOS, PEREZ GONZALEZ y ALGUER.

Para De DIEGO la causa de la tradición es el acuerdo mu-

tuo e intención del tradens y accipiens en orden a la transmisión y adquisición de la propiedad, que no ha de cristalizar necesariamente en el contrato transmisivo, aunque ordinariamente así seceda.⁷⁸⁾

Jerónimo GONZALEZ, tras constatar el logro de CLEMENTE De DIEGO no puede menos que exclamar: "La doctrina española ha conquistado, por lo tanto, el último baluarte de la técnica moderna y ha separado también el acto transmisivo de la causa justa en que se apoya".⁷⁹⁾ Así, también él se incluía entre los defensores de la abstracción del pago.

NUÑEZ LAGOS, contagiado por este clima, consideró en su obra sobre el enriquecimiento sin causa, que data de 1934, que la atribución patrimonial es un negocio abstracto basado en una declaración de voluntad que prescinde de las declaraciones causales,⁸⁰⁾ destacando así mismo, la utilidad que esta construcción reporta al tráfico jurídico: claridad y seguridad.⁸¹⁾ El negocio abstracto de atribución, admisible para este autor gracias a la presunción de causa del art.1277⁸²⁾ tiene, en caso de efectiva ausencia de causa, su específico mecanismo de impugnación: La falta de causa afecta a la eficacia pero no a la validez, por eso no es idónea la acción de nulidad; el medio idóneo para el negocio abstracto es la pretensión de enriquecimiento sin causa, la cual "no se dirige contra la declaración en sí, sino contra sus efectos lesivos" (buscando la seguridad).⁸³⁾

Una postura favorable también a la abstracción de la entrega es la mantenida por PEREZ GONZALEZ y ALGUER. Y para ellos el problema se sitúa en términos de cómo despliega su eficacia la causa.⁸⁴⁾ Los dos ejes de su teoría son: 1º.- Carácter contractual de la entrega (contrato real) y 2º.- Carácter abstracto de la entrega.

1º.- La entrega se dice contrato real en el sentido de que el simple consentimiento o acuerdo de voluntades no surte efecto alguno si no va acompañado o precedido por una entrega material de la cosa. Es real, además, porque produce una modificación jurídica real".⁸⁵⁾

Este negocio se destaca del obligatorio, cuya única misión es engendrar obligaciones.

Parece necesario destacar que el hecho de que la entrega deba ser voluntaria por ambas partes, como lo es todo acto humano, no la constituye en negocio independiente del obligatorio. Es negocio jurídico: "La declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos".⁸⁶⁾ Destacado así el resultado en el negocio, no deben separarse, como negocios independientes, la entrega y el contrato que la precede, porque en aquél sólo se contiene, en germen, el propósito de resultado que buscan las partes. La entrega, debe pues integrarse, como hecho o acto posterior a la declaración o acuerdo negocial, en un único negocio con ésta, pues a través de ella (art.609) es

como se lograr el resultado apetecido por las partes.^{86 bis)}

Mirando con ojos realistas al contrato obligacional (compra venta) no se percibe en él un propósito único y definitivo (crear el vínculo obligatorio entre las partes), sino que éste es el primer paso de un itinerario que se completa mediante la entrega de la cosa, y la transmisión del derecho. Esta operación, la entrega, no debe considerarse aisladamente sino como complemento del contrato obligacional, para la consecución del fin que en él esbozan las partes.

2º.- El otro postulado de estos insignes autores, la abstracción de la entrega, es en parte consecuencia del primero y con la crítica de éste, queda en parte también demostrada su inaplicabilidad a nuestro sistema. El problema nos lo sitúan en los siguientes términos: "Si no se olvida que todo contrato abstracto ha de tener causa para prevalecer en definitiva, se verá que el problema está únicamente en determinar como despliega su eficacia la causa, o sea si es o no necesaria su expresión."⁸⁷⁾ Con este concreto alcance nos advierten que la inadmisibilidad del contrato abstracto de transmisión en Derecho español, no puede derivar del hecho de que no haya precepto en nuestro Derecho que lo autorice, pues tampoco hay una norma que imponga el carácter causal del negocio. Y agregan estos argumentos: 1º.- En los artículos que el Código civil refiere a la entrega, no se exige la mención de la causa (arts. 1095, 1462-1464). 2º.- En el artículo 1160 se exige capacidad para efectuar la entrega, como si en sí misma fuera un negocio

independiente. 3º.- La causa de la entrega, como negocio in dependiente, aunque no se mencione, se presume a tenor del art.1277, como es regla general en los contratos. 4º.- La teoría del título y el modo está desacreditada y no se recoge en nuestro Código, que emplea en sentidos muy equívocos ambos términos. Además no es apoyo suficiente para su subsistencia el art.609, pues su propósito es más modesto: rechazar la doctrina del Código civil francés.

Con el respeto que debe merecernos la opinión de estos autores creemos conveniente hacer algunas sugerencias a esta dirección doctrinal. Nuestro Código sigue una orientación causalista con respecto a la entrega. Esto significa: que el efecto transmisivo de la mera entrega posesoria no se produce si previamente las partes no se han obligado a esta transmisión; que de no existir causa no se produce, ni tan siquiera, la cesión de posesión, respecto a la usucapión. Dejando de la do las críticas que haya merecido y merezca la teoría del título y el modo, justa revancha, en parte, de una desvitalizada abstracción a que conducen las exageraciones de la misma, hay que aceptar como un dato positivo que en nuestro Derecho, en las transmisiones derivativas, mediante entrega, debe exis tir el presupuesto causal del contrato obligatorio. El art. 609, fundamental en la materia, lo exige; el 460,2º, contempla en la cesión de posesión (la entrega es presupuesto de la traditio) el título que la antecede; el 1095 menciona en la primera frase, la obligación de entregar la cosa, lo que da de recho a los frutos, y a continuación, dando por sentado que

existe ya esa obligación de entregar, se engarza a ella la entrega de la cosa, desde cuyo momento, nos dice, el adquirente pasa a ser titular del derecho real sobre ella. Igualmente en los artículos referidos a la obligación de entregar en la compraventa, la entrega de la cosa aparece vinculada a la previa obligación, es su consecuencia (arts. 1445, 1461). En los artículos 1462, 1463, 1464, se contemplan las formas de cumplimiento de la obligación de entrega, y circunscritos a este objeto específico, no tiene nada de extraño que en ellos no se mencione para nada la causa que ha de precederlos, porque el encuadre de la entrega de la cosa en conexión con su causa se hace previamente en los artículos antes mencionados (1445, 1461, C.c.). Por fin en el artículo 1895, sobre el pago de lo indebido, se tiene muy presente la causa (no había derecho a cobrar; por error ha sido indebidamente entregada).

Tampoco parece concluyente el argumento fundado en el art. 1160 que exige para la validez del pago capacidad para enajenar la cosa. La capacidad, aquí exigida es para enajenar y no para hacer la entrega y no convierte, ni es indicio de ello, al acto de la entrega en un negocio independiente. Indicamos ya anteriormente que el negocio jurídico no se concluye con la declaración primera, obligacional, sino que al resultado que preponen las partes, se llega con la adición, a tal declaración, de ciertos hechos o actos, como la entrega. El que para la eficacia jurídica de ésta sea exigible una capacidad de enajenar no indica que ella sea un negocio independiente, pues también siendo parte del único negocio que contemplamos, se puede

explicar tal exigencia del ordenamiento, máxime cuando argumentos más decisivos se oponen a la insularización y abstracción de un supuesto negocio traditório. La capacidad de enajenar que se exige para la entrega es una proyección, en este acto, de la que también se exige para prestar consentimiento en el contrato precedente. Por todo esto se descubre como más adecuada a nuestro Sistema, la consideración de la entrega y el contrato precedente como un negocio unitario, y por consecuencia el carácter causal de aquella.

-263- ccc) Doctrina causalista

La doctrina española actual, tras las vacilaciones de épocas ya pasadas, a las que acabamos de referirnos, mantiene, con pujanza, el carácter jurídico-causal de la entrega.⁸⁸⁾ En lo que no está de acuerdo, es en la cuestión de la naturaleza jurídica de este acto.⁸⁹⁾

Aunque este logro sea importante, su verdadero significado jurídico lo adquiere al ser desenvuelto en contacto con determinadas parcelas concretas del Derecho Civil: La postura causalista impone un planteamiento consecuente en tan palpitantes cuestiones como: simulación, negocio fiduciario, negocio indirecto,^{89 bis)} pago de lo indebido... Y es, probablemente, respecto al pago de lo indebido donde con mayor realce se destacan las consecuencias de la unidad entre el acuerdo y la entrega que lo completa.

LACRUZ nos informaba en 1957 como, pese a que la doctrina española ha tomado un giro causalista, opina sin discusión que lo pagado indebidamente transmite la propiedad de la cosa. En esta misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia.⁹⁰⁾ Comprobamos sus afirmaciones en autores como MELON,⁹¹⁾ y VALLET.⁹²⁾ En cambio se inclina por la postura contraria BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO,⁹³⁾ Y el mismo LACRUZ.⁹⁴⁾

Los argumentos de LACRUZ merecen ser tenidos en cuenta:

- a) Del hecho de que los artículos 1895 ss. regulan una obligación de restituir lo indebidamente pagado, no cabe deducir que el pago transmite siempre la propiedad.
- b) El artículo 1160 no prejuzga que sea o no necesaria la causa del pago: Determina dos condiciones requeridas por el mismo sin estatuir que ellas sean suficientes.
- c) De nuestros textos históricos no resulta que la condictio sea la única acción concedida al solvens, ni que la tradición sea abstracta, sino precisamente todo lo contrario.
- d) Decir que el pago supone "por su naturaleza y mecanismo la eficacia provisional del acto de cumplimiento", o que reconoce como causa el simple animus solvendi, es afirmar la abstracción de la causa en el pago, pero no probarla.
- e) La condictio para la repetición del pago indebido (v. art. 1895 C.c.) es una acción independiente de la reivindicatoria y con características propias, necesaria para los casos en que por confusión, consunción y adquisición a non domino de un

tercero se pierde la propiedad de lo pagado.

Tampoco prejuzga el problema el hecho de que el cobro de lo indebido esté regulado en el libro de las obligaciones.

f) Ni siquiera en los supuestos que prevé el artículo 1842 C.c. (pago por el fiador y por el deudor) se transmite la propiedad.

Cabe que el pago verificado por el fiador sea indebido desde que posteriormente ejecute el suyo el deudor. Cabe que el fiador, al pagar primero, extinga la deuda, y que se subrogue en los derechos del deudor que pagó la deuda extinguida.

g) Es argumento favorable a la causalidad del pago, aunque endeble por sí sólo, la aplicación al pago de lo indebido del régimen de la posesión en cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el accipiens indebiti, (v.art.1898 C.c.).

-264- bb) Necesidad de la entrega para la transmisión del dominio: desviaciones doctrinales

Otra desviación de nuestro Sistema, que apunta hacia el sistema francés, si bien no llega totalmente a reproducirlo, se mantiene por algunos autores y se circunscribe a ciertas formas de entrega, de las que hablaremos más tarde, al estudiar la transmisión de la posesión en los diferentes supuestos de entrega. Por ahora nos interesa destacar lo que esta orientación tiene de modificativa de la función de la entrega.

"Nuestro legislador, según LACRUZ..., llegó a desvincular en alguna de sus formas la llamada tradición de toda rela

ción posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio".⁹⁵⁾

LACRUZ, viene pues a sustituir la entrega de posesión, como modo de transmisión, por un consentimiento de las partes, diferenciado del obligacional, y específicamente referido a la transmisión del derecho o por una cierta forma, la escritura pública, cuya utilización implica, también una voluntad transmisiva, que puede excluirse mediante declaración en contrario.

Paralela dirección es seguida por ALBALADEJO⁹⁶⁾ y LA LAGUNA.⁹⁷⁾

-265- aaa) En la entrega por el mero acuerdo de las partes

Para LACRUZ,⁹⁸⁾ el consentimiento contractual acompañado de una voluntad de las partes (art.1463) o de una cierta forma, la escritura pública (art.1462), que actúan desempeñando el papel del modo, viene a producir la transmisión del derecho: "En cuanto a los bienes muebles, la entrega puede tener lugar por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador (art.1463), en cuyo concepto hay que incluir aunque acaso no fuera ésta la orientación del proyecto del 51, donde la propiedad se transmitía por el contrato, aquellos supuestos en que el vendedor no tiene la posesión de la cosa que vende, no siendo posible por tanto, ningún acto material de entrega".⁹⁹⁾ Al extender el acuerdo a que se refiere el art.1463 a los casos en que el vendedor carece de la posesión

del objeto, el contenido de este acuerdo no puede ser ya el traspaso posesorio. Este acuerdo, es para LACRUZ distinto del contrato obligatorio, pues si no, estaríamos plenamente en el sistema francés repulsado por nuestro Código (art.609), y no puede menos que referirse, específicamente, a la transmisión del derecho. Pero no creemos que esto sea posible en nuestro Derecho: Las partes mediante el contrato consienten en obligarse a la entrega (art.1088,1445,1461,1157), pero no a la prestación de un consentimiento tendente a la transmisión del derecho.¹⁰⁰⁾ De otro lado el significado jurídico que acompaña a la prestación de este consentimiento, debe ser fijado y valorado, atendiendo a las normas estructurales de esta materia: y según ellas no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que haya sido entregada (art.1095, también aunque menos concluyente para nuestro razonamiento, art.609 C.c.) El propio 1463, supedita la utilización de esta forma de entrega, a que la cosa no pueda trasladarse a poder del comprador o esté ya en su poder por algún otro motivo: Son dos formas de entrega de rancio sabor histórico, constituto posesorio y traditio brevi manu. Ambas formas de traspaso posesorio operan a través de la interversión del concepto en que se posee.¹⁰¹⁾

-266- bbb) En la entrega instrumental

En cuanto a la llamada tradición instrumental, también LACRUZ ha entendido que el modo transmisivo queda cubierto en ésta, mediante la forma escrituraria, sin que sea necesario considerar en la escritura el consentimiento de las partes.

"Modo transmisivo éste, añade, que por cierto, no se identifica con la obligación fundamental del vendedor de facilitar el habere licere de la cosa, y que, a lo más, afecta a la posesión mediata de la finca vendida. Por consiguiente el otorgamiento de la escritura no hace innecesaria la entrega, que debe subseguirle..." La consecuencia de esto la extrae el propio autor: "la fuerza transmisiva que antes tenía el desplazamiento (más o menos ficticio) de posesión, se ha colocado en el Código Civil en el documento, cuyo otorgamiento viene a jugar en la transferencia de los derechos reales, todavía con el nombre de traditio, un papel mucho más próximo a la mancipatio y que sirve de modo transmisivo a los efectos del artículo 609, y de entrega (es decir, sustitutivo de la entrega) a los del 1095".¹⁰²⁾

Esta forma de entender la entrega instrumental está motivada por el buen deseo del Autor de que los títulos que tengan acceso al registro no sean meros títulos obligacionales, sino verdaderos títulos traslativos, ya que continúa en estos términos el desarrollo de su teoría: Si se admite esta concepción de la tradición instrumental, es claro que el documento inscribible, por sí, la acredita, por lo cual, aún ^{para} ~~para~~ entienden ser objeto de la inscripción el total proceso transmisivo, deberá bastar el documento, sin hacer depender la transmisión efectiva de otros requisitos.¹⁰³⁾

Pero la interpretación ofrecida del artículo 1462, 2º, ofrece las mismas dudas que las que suscita la del 1463: Descartando su incongruencia con los antecedentes del Código y con la

sistemática del mismo, que no puede por menos de ser un argumento de bastante peso, tiene el inconveniente de basar la transmisión, no tanto en la forma, cuanto en el consentimiento que la precede. En efecto los que deciden elevar sus pactos a escritura, deben saber que con ello van a cubrir el modo transmisorio y si no es esa su voluntad pueden expresar lo contrario en el documento (art.1462,2º). La voluntad, pues, incorporada al empleo de una forma, pero, al mismo tiempo, desligable de esta forma, en cuanto cabe la expresión contraria, es lo que en definitiva logra la transmisión. Y, como antes decíamos, no parece que en nuestro Sistema se pueda lograr la transmisión de un derecho real sin el traspaso de la posesión: Lo que sucede es que los medios para lograr este traspaso se han flexibilizado, como la posesión misma, sin que sea correcto dar otro alcance a los modos espiritualizados de entrega.

La mancipatio, a la que merece ser comparada por LACRUZ la tradición instrumental, significó un cierto grado de confusión entre el negocio obligatorio y el acto productor del efecto jurídico real, que está muy lejos del sentido de nuestro Código.

-260- cc) Repercusión de la ausencia de título sobre la posesión ad usucapionem

En ausencia de título, ni se transmite el derecho del cedente ni aprovecha al adquirente la posesión "ad usucapionem" que correspondiera a su causante (art.1960,1º C.c.): El art.

460,2º C.c. exige para que la cesión de posesión se produzca que exista título oneroso o gratuito. Ha de existir una causa que justifique la cesión. La entrega sin causa, aunque suponga para el adquirente el ingreso en la tenencia de la cosa, ni atribuye el derecho, ni permite continuar la posesión "ad usucapionem" del causante, porque no puede tener alcance de cesión de posesión; constituye una situación posesoria meramente tolerada, que caso de intervertirse para convertirse en posesión en concepto de dueño, supondría la adquisición de posesión originariamente.

-268- La entrega que no va precedida de contrato traslativo de derecho real.

La entrega, respecto a la obligación que la antecede, es una forma de cumplimiento (art.1088), es la solutio de las obligaciones de dar (v.art.1157): Mas no siempre el contrato que la antecede tiene por fin la transmisión de un derecho real (comp.art.1280,1º, C.c.), puesto que sólo ciertos contratos, (art.609) son traslativos de éstos. Todo entrega que no vaya precedida de uno de estos contratos no lleva consigo el efecto de la tradición o transmisión del derecho.

A este extremo se refiere SCUTO, cuando dice: "La traditio en este sentido material, ha sido llamada operación de tres caras, pudiendo, según los casos, transferir la simple detentación o tenencia, la posesión jurídica o la propiedad; la tenencia, en el depósito o en el arrendamiento; la posesión jurídica en el usufructo y en la prenda; la propiedad en la

venta, en la donación y en el pago".^{103) bis.} Es inexacta la minimización de la entrega a la transmisión de la simple detención, porque aun cuando no vaya precedida de título traslativo de derecho real, va precedida de otro que otorga a la posesión la estructura de alguna situación jurídica potenciada por el derecho (arrendamiento, depósito). En estos casos, aunque no haya posesión ad usucapionem, hay una posesión jurídicamente configurada por el título que la precede.

La entrega pues no da nunca lugar a una situación de mera detentación o tenencia, no representativa de derecho alguno. Pero sólo si va precedida del título referido a la transmisión de un derecho usucapible, conferirá al accipiens la posesión en concepto de dueño.

-269- 3.- Capacidad y libre disposición

El pago requiere para su validez la libre disposición de la cosa y capacidad para enajenarla (art.1160 C.c.). Cuando el cedente de la posesión, para pago de una obligación, no se encuentre en la situación jurídica que requiere este artículo, aunque el título sea traslativo del dominio o derecho real, no se produce la transmisión del derecho, pero puede comenzar la posesión ad usucapionem.

En efecto, el poder material que se obtiene (corpus), se agrega el que éste es un concepto de dueño, si el título es transmisivo de derecho usucapible. El título, esto es el contrato obligacional, cuya validez como tal es independiente de la ausencia de capacidad o libre disposición (v.art.1950,1952,

C.c.), aparte del papel que pueda cumplir en la usucapión extraordinaria, configurará el concepto en que se tiene la posesión: concepto de dueño o concepto de tenedor, según se trate (ej. venta, constitución de usufructo, traspaso de arrendamiento).

-270- 4.- Cláusula de reserva de dominio

La cláusula de reserva de dominio supondrá o no una limitación de la eficacia traditoria de la entrega, según se considere su alcance. A este respecto, advierte PUIG BRUTAU, que "el pacto de reserva de dominio y la hipoteca mobiliaria tienen una gran afinidad desde el punto de vista de los intereses involucrados y que pueden entrar en colisión. Esta semejanza se manifiesta especialmente en la tenencia moderna a considerar que la reserva de dominio no es más que un derecho de garantía que retiene el vendedor sobre la cosa vendida. La consideración de que retiene el dominio cede, en la práctica, ante las restricciones que han de imponerse al ejercicio de su derecho".¹⁰⁴⁾ No ha de ser nuestro cometido resolver esta cuestión que más bien toca al estudio monográfico del tema, por eso partiremos de la consideración de este pcto, como suspensivo de la transmisión del dominio, lo que no deja de afirmarse en nuestro Derecho.¹⁰⁵⁾

Desde este punto de vista esta cláusula supone una suspensión voluntaria del efecto transmisivo de la entrega, unida a un fin de garantía.¹⁰⁶⁾ El fin específico ha tenido un valor, que se destaca en S.10, junio, 1958, para fundamentar en

nuestro sistema al propio pacto. Esta sentencia nos indica que "se funda en la misma naturaleza esencial de la venta como contrato bilateral conmutativo, que debe existir no sólo en el momento estático de la conclusión del contrato.. sino también el momento dinámico de la ejecución del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que ambas prestaciones sean realizadas (sinalagma funcional), lo que se obtiene como excepción a la regla de simultaneidad de la entrega y pago del precio, que no conviene al comprador, aplazando la atribución patrimonial ejecutada por el vendedor hasta el momento en que el precio sea pagado por completo".¹⁰⁷⁾

El pacto se ha considerado como una condición suspensiva que opera sobre una venta perfecta, y por tanto creadora de efectos obligatorios respecto a la entrega de la cosa y el pago del precio, suspendiendo el efecto traslativo de la entrega hasta tanto que se produzca su cumplimiento. Por eso no afecta tanto al nacimiento de las obligaciones de la compraventa cuanto a la consumación del contrato.¹⁰⁸⁾ Entrega y tra-dición no coinciden en la venta afectada por este pacto, por cuanto que la tradición requiere además de la entrega de la cosa, la producción del evento que condiciona el traspaso del derecho. Es precisamente en este punto donde, a nuestro juicio, se plantea el mayor interrogante en cuanto a la admisibilidad de este punto. ¿Cabe limitar por la voluntad el efecto atributivo de la entrega? Renunciemos aquí a la contestación de tan sugestiva pregunta.

-271- Repercusiones del pacto de reserva de dominio sobre la posesión "ad usucapionem".

El convenio de reserva no puede por menos que afectar a la entrega, en cuanto comienzo de una posesión ad usucapionem. Se ha dicho que como el comprador es un precarista, no puede prescribir (S.10, junio, 1958), afirmación que considerada en términos tan generales ofrece dudas y que por otra parte, pese a estar en la boca de nuestro Tribunal Supremo, restringe su valor al hacerse incidentalmente, sin constituir fundamento doctrinal de la resolución del caso. Conviene que en este punto hagamos algunas matizaciones

-272- a) Relaciones inter partes:

El adquirente en una venta con pacto de retro, fundándose en su posesión, salvo interversión del concepto, no podrá oponer por prescripción una propiedad plena a su vendedor, porque el título, que determina los efectos de la entrega, configura restrictivamente el concepto posesorio que mediante ella se adquiere. Veámoslo con un ejemplo:

A, vende a B, unas máquinas, pactándose el aplazamiento del pago del precio por 10 años durante los cuales operará el pacto de reserva de dominio, como garantía del derecho de A. T, del cual resulta deudor B, pretende ejecutar su crédito sobre las mencionadas máquinas, por lo cual A, interpone tercera alegando su derecho, fundándola en el pacto establecido en la venta y en no haberse aún pagado íntegramente el precio, a

lo cual T,, responde esgrimiendo la posesión de B, por seis años (art.1955,2º). En este caso es de justicia que prospere el derecho de A, vendedor, porque, incluso la prescripción extraordinaria, exige posesión en concepto de dueño y aquí ~~no se poseyó en tal concepto~~ más de lo que por el pacto se adquirió con la entrega.

-273- b) Relaciones con terceros

La usucapión es, en cambio, posible frente a terceros, y para hacernos más clara idea de este supuesto empecemos por delimitarlo mediante un ejemplo. A, vende a B, una maquinaria pesada de la cual no es dueño, sin que el comprador venga a adquirir el dominio de ella por ningún otro concepto. En la venta ~~se~~ aplaza el pago del precio por un período de tiempo superior a los seis años (prescripción extraordinaria). Trascurrido este período, y antes de que el precio se pague con integridad, T, verdadero propietario del objeto lo reclama de B, quien le opone la prescripción adquisitiva.

La posesión del objeto está compartida por A, y B, y referida en cada uno de ellos a un cierto derecho sobre la cosa: los que tienen el vendedor y el comprador en una compraventa con pacto de reserva de dominio. Ambas posesiones abarcan la totalidad de relaciones fácticas que es susceptible de ofrecer el objeto, siendo el título que ha creado esta situación el que las delimita. Además como no se ejercen en un mismo concepto, y por ser complementarias, son compatibles (art.445, C. c.).

De estas dos posesiones, la del comprador, disfrutada con la tenencia de la cosa es presupuesto de la del vendedor. En este sentido, aunque no aceptamos la construcción que implica esta terminología, podemos denominar a B, poseedor inmediato y a A, poseedor mediato.

Con esta situación jurídica la usucapión favorece igualmente a ambos poseedores, frente a tercero, adquiriendo cada uno el respectivo derecho que delimitaba el título. Frente a T, sus intereses son confluyentes: la consolidación jurídica de sus respectivas posiciones fácticas, que conseguirá cada uno en el ámbito que determine el título.

A la terminación de esta situación quede la condición cumplida o incumplida, las situaciones de ambos se integrarán, aprovechando a uno u otro los efectos. Así, en caso de incumplimiento de la condición (no pago del precio) el vendedor podrá reclamar la cosa al comprador habiéndola adquirido a través de la mediación posesoria de éste. En caso de cumplimiento el adquirente consolidará plenamente su adquisición.

Antes de que la situación se concluya la usucapión garantizará al vendedor la efectiva recuperación de la cosa y al comprador la posibilidad de adquirir, automáticamente, la titularidad, mediante el cumplimiento de la condición que le fue impuesta. Ambos quedan a resguardo de la reclamación del titular (tercero). Pero la usucapión no aprovecha con exclusividad a uno de ellos, sino a ambos, con la interdelimitación de efectos que señale el título.

Vendedor y comprador se colocan ante la usucapión según sus circunstancias personales. Si la posesión fuese viciosa para uno de ellos y no para otro, a ese aprovechará exclusivamente la usucapión.

C.- Las formas de entrega según la clase de bienes en el Código Civil (artículos 1462-1464).

-274- Antecedentes

El Código Civil francés dedicaba a la materia cuatro artículos (1604 a 1607), que se distribuían del siguiente modo: Uno para definir en términos generales la entrega y tres destinados a regular las formas de entrega idoneas para los bienes inmuebles, muebles y objetos incorpóreos. "La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur" (art.1604). Los inmuebles pueden entregarse, por la entrega de las llaves, o por la de los títulos de propiedad (art.1605). Los muebles, por la entrega real, entrega de las llaves del lugar que los contiene, por el consentimiento de las partes (art.1606). Los derechos incorpóreos por la entrega de los títulos o por el uso consentido (art.1607).

En el P. de 1851, la estructura del Código francés se conserva, pero en el contenido de los artículos se introducen innovaciones. Los artículos 1386 y 1387, tercero y cuarto de los que regulan las formas de entrega, especifican el tipo de objetos a que se refieren: el primero a los muebles, y el segundo a los derechos incorpóreos. En cambio, el 1385, que debería re

ferirse a los inmuebles, no lo especifica. Este artículo dice así: "Cuando por disposición de la ley, o por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". ¿Por qué no se recoge la fórmula del art.1605)del C.c. francés? ¿Por qué no se indica^a qué clase de bienes se refiere esta forma de entrega?

La fórmula francesa de entrega de los bienes inmuebles quæda transformada por nuestro Derecho, con el valor que adquiere el propio otorgamiento de la escritura. Se omite toda alusión a otra forma de entrega de los bienes inmuebles, y aún se aplica este medio a los muebles y derechos incorporales - (arts.1386-1387 P.1851).

Las ventajas de la tradición mediante el otorgamiento de escritura, podían suponer al mismo tiempo, de no preverse otro medio traditivo, un serio inconveniente. ¿Cómo realizar la entrega del inmueble vendido cuando en la escritura se ha pactado que ella no equivaldrá a la entrega, o cuando el vendedor carezca aún de la posesión de la cosa?

-275- El Código Civil

El Código Civil separándose del P. de 1851 y de su propio Anteproyecto, que seguía la dirección de aquél, estructura de otro modo el articulado de la entrega. Del mismo se deduce:

12.- Que los bienes inmuebles pueden entregarse tanto por el otorgamiento de la escritura pública, como por la puesta en

poder y posesión de la cosa, pues el Código no restringe al documento público la forma de entrega de estos bienes y en cambio regula en su mismo precepto la entrega por la puesta en poder y posesión y por el otorgamiento del documento (art. 1462).

En el art. 1462 la "puesta en poder y posesión" no tiene tanto el valor de una definición de la entrega, innecesaria, (el concepto de la figura se desprende del conjunto de su normativa), cuanto el de regulación de una de las formas de ésta, que podríamos llamar por apoderamiento de la cosa.

Además, los inmuebles se pueden entregar por el consentimiento. El artículo 1463 C.c., no lo impide. Lo único que hace es aplicar esta forma de entrega a los bienes muebles. Porque, sin duda, en ellos debía tener más campo de aplicación. En los inmuebles sería más normal que la venta se hiciera mediante escritura pública (comp. art. 1280, 1º) y que, por tanto, se produjera la tradición instrumental. La entrega por mutuo acuerdo puede ser, sin embargo, incluso en los inmuebles, un medio muy útil, para llenar ciertas oquedades que deja la tradición instrumental. Además la tradición instrumental, que no se duda en aplicar a los bienes inmuebles y la entrega por el sólo consentimiento de las partes, se basan en parecido mecanismo jurídico: el consentimiento. Sabido es que la entrega instrumental produce sus efectos posesorios porque, se entiende, se basa en la voluntad de las partes, de no expresarse otra cosa. La escritura tiene valor de entrega, no directamente, en atención a la forma pública, sino por haber quedado incorpo-

rada a ella una cláusula de estilo, dirigida a este fin.

2º.- Los bienes muebles se entregan por la puesta en poder y posesión, genéricamente, y específicamente por el consentimiento y por la escritura (vid.art.1463).

3º.- Tanto en los muebles como en los inmuebles se sigue en nuestro Derecho el principio de libertad en la forma de entregar la cosa. Lo que importa no es el medio sino el resultado: la puesta de la cosa en poder y posesión del accipiens. Este resultado material se puede lograr por las partes a través del medio más conveniente a su situación y propósitos.

Cuando no es posible su consecución, como se admite la posesión sin poder, se disponen medios para transmitirla sin apoderamiento, que son también formas de entrega. En estos supuestos, al resultado transmisivo se llega con el adecuado empleo del medio ad hoc dispuesto por el Derecho: tradición instrumental, por el consentimiento (*brevi manu*, constituto posesorio).

4º.- Respecto a los bienes incorporales, no parece extensible el principio de libertad en las formas de entrega. Se regulan unas formas necesarias para ellos: Tradición instrumental, entrega de los títulos de pertenencia, uso consentido por el tradens (art.1464).

-276- D.- Análisis de las formas de entrega

Para estudiar las formas de entrega, vamos a clasificarlas en dos apartados: por apoderamiento y por consentimiento.

El primer grupo comprende el apoderamiento material, apoderamiento de vista y apoderamiento de un medio de acceso a la cosa. El segundo la entrega instrumental, entrega por el sólo acuerdo o conformidad y por el uso consentido, o por autorización de ingreso en la cosa.

-277- AA.- Formas de entrega basadas en el apoderamiento

El apoderamiento se encuentra regulado en el art.1462,I del Código Civil: "Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador".

Esta fórmula que se refiere tanto a los inmuebles como a los muebles (v.1463, princ.) está tomada del Código Civil francés. En aquel Código, en el P. de 1851 y en el Anteproyecto del C.c. era la definición de la entrega. En el nuestro representa un tipo de entrega.

La fórmula que emplea ("puesta en poder y posesión") ha sembrado dudas. Algún autor (MUCIUS) ha considerado que los términos "poder" y "posesión" tienen significados diferentes.¹⁰⁹⁾ Poder se refiere al traspaso del derecho; posesión a la propia posesión, como el nombre indica.

Estas consideraciones no encajan en nuestro Derecho, y son, por ello, rechazables. En la compraventa el C.c. impone al vendedor dos obligaciones: la entrega y el saneamiento, en caso de evicción (v.art.1462 y 1475 ss). Si la entrega requiriese la transmisión del derecho y la transmisión de la posesión, entregada la cosa, no habría lugar a la evicción (v.art. 1475, part1º): ¿Por qué establecer la obligación de entrega y

saneamiento (art.1461 C.c.)? Y por otra parte, así como la entrega transmite la posesión, no hay otro medio independiente para transmitir el Derecho: Porque la transmisión del derecho es efecto natural que el Ordenamiento une a la entrega, si se dan los presupuestos para ello.

Poder y posesión significan lo mismo. Es una redundancia originaria del C.c. francés, el que a su vez la tomó de DOMAT.¹¹⁰⁾ En el Derecho francés no hay lugar a dudas, poder (puissance) significa lo mismo que posesión, porque el derecho se transmite allí no por la entrega, sino con el consentimiento. Poder (puissance), se ha pensado que sirve para destacar que es preciso que la cosa sea entregada al comprador de tal manera que él pueda extraer de ella los aprovechamientos correspondientes al propietario.¹¹¹⁾ Tal vez sirva para contraponer esta forma de transmitir la posesión, fundada en el apoderamiento de las más espiritualizadas basadas en el consentimiento.

Aunque en este punto, se haya inspirado nuestro C.c. en el C.c. francés, su terminología no es contraria a sus antecedentes históricos. Para las Partidas, la posesión es la tenencia de una cosa y "apoderar" significa transmitir la posesión.¹¹²⁾ Una variedad de apoderamiento es el apoderamiento de vista que caracteriza a la entre longa manu. El apoderamiento está en las Partidas caracterizado por la entrega material de la posesión.¹¹³⁾ Incluso en el apoderamiento de vista se conservan ciertos rasgos de traspaso material, pues es tando la cosa delante, el que enajena dice al adquirente que

lo apodera de ella, lo que le vale para ganar la tenencia de la misma, aunque no entre dentro ni la tenga corporalmente.¹¹⁴⁾

-278- 1.- Apoderamiento material sobre la cosa:

Es la forma más elemental de transmitir la posesión, por eso es también la imperante en los Derechos primitivos. A propósito del Derecho romano nos indica IGLESIAS: "La entrega tiene en la época antigua una pura expresión material: si la cosa es mueble, ha de pasar de una a otra mano; si se trata de un fundo, precisase entrar en él. Ya en la época clásica, según parece probable, se inicia una tendencia, que, afianzándose luego en el Derecho postclásico y justiniano, dará al traste con la rigidez de semejante principio. De una parte se espiritualizan ciertos modos de tradición; de otra, se regulan situaciones en las que la exigencia de la entrega efectiva no tendría sentido".¹¹⁵⁾

Si se trata de bienes muebles supone un traspaso del ámbito de poder del tradens al del accipiens (ej. zapatos que se retiran de un mostrador). Cuando de inmuebles se trate, hay una salida del tradens y el ingreso del accipiens. La nitidez de la entrega manual, característica de los muebles, se pierde un poco en aquéllos; por eso, como era más difícil dar en un momento idea del traspaso de posesión, en los ordenamientos primitivos se ha acudido a formalidades para lograr el posesionamiento.¹¹⁶⁾

LA SERNA - MONTALBAN conserva diferente terminología para la entrega de los muebles que la de los inmuebles. "Cuando se pone la cosa mueble en manos de aquél a quien se traspasa: ésta es la que se suele llamar tradición verdadera". "Cuando aquél a quien se hace el traspaso es llevado por el que lo verifica a la misma finca o a su inmediación, o, con ella a la vista, manifiesta que es su voluntad trasladársela: a éste acto le llamamos toma de posesión".¹¹⁷⁾ Estas fórmulas son muy gráficas.

En la actualidad el apoderamiento material se conserva para los muebles, por adaptarse a su naturaleza. En cambio es más difícil, que facilitada, por otros medios, la entrega (escritura) se acuda al apoderamiento en los inmuebles. No obstante, la libertad de forma que impera en Derecho español, puede hacer necesaria también ^{en} estos bienes otra forma de entrega, cuando la venta se haga en documento privado.

-279- 2.- Apoderamiento de vista (entrega longa manu)

Muy cercano a la entrega material de la cosa, sustitutivo de ella, el apoderamiento de vista conserva los rasgos de la entrega material, pero espiritualizados. El adquirente no tiene forzosamente que entrar en la cosa, ni tomarla si fuese mueble. Pero el acto de la entrega se cumple en presencia de la cosa, y toda su fuerza pesa sobre la declaración del tradens, de apoderar ^{de} la cosa al accipiens.

No es una categoría autónoma de entrega: se puede encajar en el apoderamiento. Se llamó traditio longa manu por

los autores medievales, apoyándose en las fuentes romanas (V.D.46, 3, 79), y las Partidas prefirieron denominarla apoderamiento de vista, con acierto (16, tit.30, P.3a).

En la actualidad tiene valor práctico para entregar ciertos tipos de objetos: una mercancía (si el tradens no la conserva: constituto posesorio), maquinaria que permanece en sitio público...

-280- 3.- Apoderamiento de un medio de acceso a la cosa:

El objeto entregado no es aquí sólo un símbolo, que convencionalmente, representa al que se desea transmitir. Es un medio o instrumento para obtenerlo. Con su entrega el cedente simboliza su retirada y en alguna ocasión se hace imposible volver a tomar contacto con la cosa (así en la entrega de las únicas llaves, o del conocimiento de embarque extendido al portador). El accipiens obtiene el medio de llegar a la cosa, que en muchos casos es un medio excluyente (ej. llaves de lo que está cerrado, títulos de tradición).

Por la naturaleza de estos medios, conviene establecer una diferenciación: medios materiales y jurídicos. Los primeros potencian la llegada efectiva a la cosa; los segundos, sin dejar de potenciarla, tienen valor legitimador, equivaliendo alguno de ellos a la posesión de la misma (títulos de tradición)

-281- a) Medios materiales de acceso a la cosa: Entrega de las llaves

"La entrega de los bienes muebles se efectuará: por la

entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados" (art.1463 C.c.). "La necesidad de las llaves para entrar en un edificio cerrado y disponer de las cosas que allí están guardadas, es lo que constituye la ficción en un hecho; lo que constituye el acto de posesión", dice GUTIERREZ.¹¹⁸⁾ En este mismo sentido ALBALADEJO, quien ve en las llaves no un símbolo, sino el instrumento de poder sobre la cosa.¹¹⁹⁾

-282- La presencia de la cosa en la entrega de las llaves

Los textos romanos fundamentales son dos: D.18,1,74;Inst. 2,1,45. Menos fundamentales D.41,2,1,21 y D.41,1,9,6.

"Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur" (D.18,1,74).

"Si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul at que claves horrei tradiderit emptori, transfert rei proprietatem mercium ad emptorem" (Inst.2,1,45).

En las Instituciones no aparece el "si claves apud horrea traditae sint"; no es necesario entregar las llaves junto al local.

Las Partidas siguen la dirección del Digesto (L.7,tít.30 Part.3a) "e estando y delante", destacandolo la glosa de Gregorio LOPEZ: "Per clavium traditionem in conspectu horrei, ubi

sunt merces comparatae, acquiritur possessio mercium licet non sint in conspectu".

En el Derecho Común la opinión no fué unánime. Según AZON, aunque las llaves no se entreguen a la vista del hórreo, parece dada licencia para entrar por propia autoridad en la cosa. En contra de esta opinión se sitúa BARTOLO.¹²⁰⁾

Ni LA SERNA - MONTALBAN,¹²¹⁾ ni GUTIERREZ,¹²²⁾ exigen esta presencia de la cosa. Tampoco la requiere el Código Civil español (art.1463).

Nuestro Tribunal Supremo no ha puesto en duda que la entrega de las llaves de una caja fuerte de un banco en la que se contenían joyas, títulos y objetos de valor, cuando también era arrendataria de la caja la persona que recibió las llaves, supone un cambio material en la situación de la cosa. Pero en el caso como no hubo ánimo de transmitir la posesión civil, ya que la entrega se hizo por una señora anciana a su criada, para que le administrara sus bienes, el cambio material no tuvo "trascendencia jurídica" (S.8, abril, 1926). La entrega en este caso se produjo sin otra trascendencia que la de poner en administración de la criada unos bienes de la señora anciana.

-283- Transmisión de la posesión de los inmuebles por la entrega de las llaves

Otra cuestión que plantea la entrega por medio de las llaves es la de su alcance. El Derecho romano y las Partidas

aplican esta forma de entrega a las mercancías. Sin embargo el Código francés la extiende a las construcciones (se entiende, que puedan ser cerradas con llave): art.1605,1º, que debió influir en nuestro Derecho. LA SERNA-MONTALBAN no hace distinciones,¹²³⁾ y el Código aunque refiera la entrega de las llaves a la transmisión de los bienes muebles almacenados (art.1463), por su flexibilidad, permite extender esta forma de entrega a los bienes inmuebles, pues con la llave se confiere el poder sobre la cosa (art.1462,I, C.c.). Socialmente es normal dar el significado de cesión posesoria a la entrega de las llaves de una vivienda por la entidad transmitente.

-284- Otros medios

La entrega de llaves no es el único, hay otros medios de acceso a la cosa, que incluso no se materializan en un instrumento corporalizado: descubrimiento del lugar donde se encuentra ésta escondida, clave de una caja fuerte en donde se halla la cosa, si es dable al accipiens tener acceso a su deseo hasta el lugar en donde se encuentre la caja. Lo permite el sentido amplio de entenderse la entrega por el Código civil.

-285- b) Entrega de un instrumento jurídico que legitime el acceso a la cosa

Se trata de la entrega de la cosa a través de un documento. El documento no se entrega como símbolo, aunque podría con él significarse a la cosa: aquí contemplamos al documento en

cuanto medio de acceso a la cosa. En la medida en que la po sesión del documento asegure más el acceso al objeto que se quiere trair, la posesión del documento se confundirá en mayor grado con la del objeto. Por eso en el derecho mercan til, se ha llegado a hablar de títulos de tradición con re ferencia a ciertos documentos que incorporan el derecho so bre la cosa. En estos casos entregar el documento viene a equipararse a la entrega del objeto. En el Derecho civil es ta incorporación es menor. No se puede hablar de títulos de tradición, pero cabe poner en manos del accipiens los títu los de pertenencia del tradens, que unidos al título de ad quisición actual, justifican la transmisión de la posesión, si el tradens era poseedor.

-286- aa) Entrega de los títulos de pertenencia

Reconocida por el derecho romano como forma de entregar la cosa (C.8,53,1) y en las Partidas (L.8,tit.30,Part.32), se encuentra en el C.c. francés (remise des titres) en la entrega de los inmuebles y cosas incorporales (art.1605 y 1607). A nuestro Código llega restringida a los bienes incorporales (art.1464), pero puede extenderse a los demás bienes, siempre que suponga una puesta en poder de la cosa referida (cfr.art. 1462,I).

Como el título no incorpora plenamente al objeto, la po sesión del título y la del objeto pueden corresponder a perso nas diferentes (ej.art.1066). La entrega de los títulos de per tenencia no produce indefectiblemente la tradición. Presupues

to de ésta, es la preexistencia de la posesión de la cosa (al menos mediata) en el tradens. El poseedor despojado, civilísimo y mediato, transmite su misma situación posesoria, y un medio para alcanzar el objeto en la medida en lo permita dicha situación.

Cuando la previa posesión del tradens no es realidad, la posesión del título demuestra que, por su parte, está dispuesto a hacer la entrega; hay voluntad, pero la tradición no se ha producido. Si el accipiens, por medios jurídicamente lícitos, logra el poder sobre la cosa, no será precisa la ratificación del tradens para que se verifique la entrega (comp.art.1464, in fine).

-287- bb) Títulos de tradición

Pertenecen al Derecho mercantil y en cuanto a ellos nos remitimos a la doctrina mercantilista.¹²⁴⁾ Son títulos "cuyas entrega, cuando el suscriptor se halla en posesión de la cosa, produce los mismos efectos que la entrega real de ésta".¹²⁵⁾ En el C. de c. los encontramos recogidos en el conocimiento de embarque (art.708) y en los resguardos que expiden los almacenes generales de depósito (art.195). Otro ejemplo fuera este Código es la cédula pignoratícia (D.22 septiembre 1917).

"Los conocimientos al portador destinados al consignatario serán transferibles por la entrega material del documento; y en virtud de endoso los extendidos a la orden.

En ambos casos, aquel a quien se transfiere el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o del endosante".(art. 708 C. de c.).

"Los resguardos que las compañías de almacenes generales de depósito expidan por los frutos y mercancías que admitan para su custodia serán negociables; se transferirán por endoso, cesión u otro cualquier título traslativo de dominio, según que sean nominativos o al portador, y tendrán la fuerza y valor del conocimiento mercantil" (art.194 C. de c.).

Las entidades que se describen en el art.15 D. 22 septiembre 1917, "podrán en lo sucesivo dedicarse a las operaciones peculiares de las compañías de almacenes generales de depósito y acreditar los que se constituyan en su poder, emitiendo resguardos que tendrán el carácter de negociables y transferibles por endoso u otro cualquier título traslativo de dominio ^{tendrán} y la fuerza y el valor determinados en el art.194 de dicho Código para los emitidos por las referidas compañías" (art.15, D. 22, septiembre,1917).

"Los documentos en que se hagan constar los depósitos que admitan las entidades a que se refiere el artículo anterior, servirán para que, mediante su cesión, pueda realizarse la de los productos depositados, o su pignoración".

"A tal efecto, dichos documentos se compondrán de tres partes: una, la matriz, que deberá quedar en poder de la entidad depositaria; otra, el resguardo que acredite el depósito cuya cesión implicará la traslación del dominio de los pro

ductos depositados, y otra el resguardo de garantía o waprrant, con el cual podrá realizarse la pignoración de los mismos" (art.16 D.22,septiembre,1917).

-288- Régimen jurídico de los títulos de tradición

Al estudiar el régimen de los llamados títulos de tradición se deben hacer distinguos, para comprender mejor los derechos que a ellos se incorporan. Estos títulos se entregan por el depositario o el transportista a la recepción de la cosa. La posición del depositante o consignatario respecto a la mercancía tiene una doble faceta jurídica: de un lado tiene un crédito, por el contrato, una de cuyas manifestaciones es la devolución del objeto. De otro tiene ciertos derechos sobre el objeto.¹²⁶⁾

-289- Derecho de crédito:

"El depósito quedará constituido mediante la entrega, al depositario, de la cosa que constituya su objeto" (art.305 C. de c.).

"El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida" (art.306 C. de c.).

Cuando el depósito se efectúe en Compañías de almacenes generales de depósitos, el crédito del depositante se incorpora a un resguardo emitido por la Compañía. Este documento no

se refiere a la titularidad del derecho sobre la mercancía depositada, pues el depositante puede no ser titular y "el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada" (art.1771,19,C.c.). A lo más, puede haber, por tratarse de bienes muebles, una presunción muy fuerte de titularidad plena sobre el objeto (art. 464 C.c.; presunción de la buena fe, art.434 C.c.; vid. también en general art.448 C.c.: la posesión equivale al título; la buena fe se presume") El resguardo, emitido por las compañías de depósitos se refiere a la relación de depósito, y al crédito del depositante: entre otros extremos el de la devolución de la cosa.

En el transporte marítimo, el conocimiento es un documento cuya copia destinada al consignatario (art.707 C. de c) sirve para retirar la mercancía transportada (art.715 C. de c) En este sentido incorpora el crédito contra el transportista por la devolución de la mercadería transportada.

El crédito para la devolución de la mercancía, al quedar incorporado el conocimiento, puede transmitirse mediante la entrega del mismo. Esta entrega se produce en los conocimientos al portador, con la entrega material del documento (art. 708 C. de c.), y en los a la orden, mediante el endoso (art. 708,2º C. de c). "En ambos casos, aquel a quien se transfiera el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o del endosante" (art.708 C. de c.). El Código se refiere aquí, sin duda, a los derechos que tenía el cedente o endosante, nacidos de la rela

ción de transporte: entrega de la mercancía en el lugar de destino, entre otros. No puede referirse a los derechos que éste tenga directamente sobre la cosa, pues la entrega es equívoca, y no supone necesariamente la transmisión de la propiedad. Su alcance lo establece el contrato que la debe preceder: su alcance puede ser limitado (ej. entrega en usufructo, en prenda, en depósito). Y de otro lado tampoco parece correcto reservar la expresión "transferencia del documento" para la transmisión plena del derecho sobre las cosas a que el mismo se refiere.

Aun en el terreno obligacional, la posesión del título al portador, puede no ser legitimación suficiente para exigir la realización del contrato. Así sucede en los casos de hurto, robo... No basta la mera posesión. Se exige la tenencia legítima (arts. 711, 712, 196 C. de c.). Lo que si bien no impone al poseedor la prueba en toda ocasión que intente hacer valer derechos, porque la presunción de legitimidad es muy fuerte, sí impide que, descubierta la causa ilegítima de la tenencia de los títulos, se efectúe la entrega de las cosas al poseedor del título (comp. art. 716, 2º C. de c.; art. 22, 4º, D. 22, septiembre 1917).

-290- 1º Derecho real sobre las mercancías

La relación de crédito es diferente de la relación real que se tenga con las mercancías, por eso, la posesión del documento que incorpora el crédito no puede significar el dominio del objeto.

Este derecho se transmite mediante contrato y tradición (art.609, C.d.). La entrega material de la mercancía, en tanto que depositada o en transporte, no puede realizarse. Tampoco las formas espirituales de entrega, que prevé el C. c. para estos casos, aseguran que accipiens, llegado el caso pueda obtener la posesión efectiva de la cosa, pues la devolución de las mercancías se hace depender de la presentación del documento. El mejor medio de entrega es subrogar al adquirente en el crédito para la devolución de la cosa, lo que se consigue fácilmente gracias al carácter de los documentos: basta entregar el documento o endosarlo para conseguir ese efecto.

El tradens, poseedor del resguardo o conocimiento, es, por este sólo hecho, poseedor mediato de la mercancía, aunque no lo sea en concepto de dueño. Con esta posesión mediata efectúa la entrega. La eficacia jurídica de ésta, dependerá del valor interno de su situación. El accipiens, al recibir el título y subrogarse en el crédito que el mismo incorpora, se hace poseedor mediato de los efectos. Y en cuanto al concepto en que posea, dependerá de la causa de su adquisición, que es la que lo fija. Podemos concluir que los títulos de tradición potencian ésta en cuanto su posesión comporta la posesión mediata de las mercancías.

-291- Aplicaciones prácticas

En las disposiciones sobre la materia no siempre es clara la letra, por lo que es posible confundir las dos situa-

ciones que acabamos de disfinguir y pensar que el poseedor del título tiene necesariamente ambos tipos de derechos, lo que implicaría poder entender que con la simple entrega del documento se transmite el dominio de la cosa, sin necesidad de caja, cuando en realidad lo único que confiere el título es la legitimación, pero no la titularidad, si a ello no hay lugar.¹²⁷⁾

Para aclarar el sentido justo que merecen los textos legales, vamos a analizar algunos que pueden ofrecer mayor confusión.

-292- aaa) Resguardos de depósito

"El poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados en los almacenes de la Compañía, y estará exento de responsabilidad por las reclamaciones que se dirijan contra el depositante, los endosantes o poseedores anteriores, salvo si procedieren del transporte, almacenaje y conservación de las mercancías" (art.195 C. de c.).

"La afirmación legal, advierte el Profesor GARRIGUES, es excesiva, porque se puede adquirir el resguardo no sólo a título de dominio, sino a título de prenda. Así lo confirma el texto del artículo 196".¹²⁸⁾

La letra de este artículo se ha de interpretar, por tanto, restrictivamente. No significa que baste la posesión del resguardo para ser dueño de la mercancía, sino que en tanto dura la relación de depósito, no se puede tener acceso a la

mercancía, ni aun para la ejecución, si no es a través de la persona que conserva ese título. Por eso, en principio, la mercancía depositada no puede estar sometida a responsabilidad por deudas del depositante o poseedores anteriores. Note mos así que el titular que no sea el mismo tiempo acreedor de la cosa, en la relación de depósito, y poseedor del resguardo encuentra dificultades para llegar a la misma. En cambio el poseedor del resguardo tiene de hecho abiertas las vías de acceso a la mercancía, aun sin ser titular.

Esto deriva del carácter de los títulos, no sólo legíti mamente, sino también excluyentes, para hacer así más fuerte la legitimación, (referida a la devolución en el depósito). Pero de esta legitimación no deriva el pleno dominio de la cosa.

No prejuzga el dominio, el hecho de que el depositario pueda dar acceso a la mercancía al ejecutante del sujeto legi timado por el título. Este acto se desarrolla en el marco del contrato de depósito: es la devolución de la cosa, y la devo lución de la cosa (aún para ejecución) no prejuzca el dominio, sobre todo si se tiene en cuenta que el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa (art. 1771 C.c.).

Pongamos un ejemplo: un mandante entrega al mandatario los resguardos de depósito de una mercancía, para retirarla. El mandatario, después de su recepción, comienza a poseerlos en concepto de dueño, oponiéndose al mandante (intervención del título). Los ejecutores del mandante podrán ejecutar sobre

esos bienes, aunque el mandatario conserve los títulos y no se avenga a devolverlos (cfr. arts. 1771, II; 1773; 1775 C.c., también 716, II, C. de c.).

El art. 195 C. de c. y sus expresión excesiva (pleno dominio) debe entenderse del siguiente modo: Sólo al poseedor del resguardo puede el depositario entregar la cosa y sólo a él debe considerarle como dueño, en tanto no se demuestre lo contrario: Esto es un límite importante al sentido negativo que comporta la legitimación de estos documentos.

-293- bbb) Cédula pignoratoria¹²⁹⁾

Más afortunado en su dicción es el párrafo 1º art. 16 D. 22, sep., 1917: "Los documentos en que se hagan constar los depósitos que admitan las entidades a que se refiere el artículo anterior, servirán para que mediante su cesión, pueda realizarse la de los productos depositados, o su pignorción".

La cesión de los productos necesitará una causa o contrato, "la cesión del resguardo de depósito, sin hacer al propio tiempo del resguardo de garantía o warrant, no dará derecho sino a disponer de los productos depositados con las limitaciones que consten en el contrato que este último garantice". (art. 16, 3º, princ.).

La variedad de documentos¹³⁰⁾ permite asociar legalmente a la entrega de unos a otros una específica causa: A la del warrant, la causa específica de prenda (poseer el warrant

equivale a poseer la mercancía en prenda); a la del resguardo de depósito, una transmisión limitada por una reserva de garantía que implica la retención del warrant; y a la del resguardo de depósito con el warrant la causa de traslación del dominio (art.16,3º).

De aquí puede deducirse que demostrada la falta de causa de la entrega de estos títulos, podrán suspenderse sus efectos (vid.art.22,1º,3º,4º D.1917).

-294- Posesión de los títulos de tradición y posesión ad usucapionem

Una vez delimitadas las esferas jurídicas de las relaciones reales (directas) sobre la cosa y las relaciones obligacionales, derivadas del contrato, es fácil no caer en confusiones en orden a los problemas de la usucapión de las mercancías referidas en los resguardos y conocimientos de embarque-

✓295- aaa) Posesión en concepto de dueño:

La configuración del concepto posesorio, en el momento de la entrega, no resulta de la mera posesión del documento, que en ese momento adquiere el accipiens, sino de la voluntad de las partes que cristaliza en el título o contrato antecedente de la tradición.

La tenencia del resguardo o conocimiento no implica, necesariamente, la posesión en concepto de dueño (ej. posesión en concepto de mandatario para retirar las mercancías). Del texto del art.195 C. de c., lo mismo que no puede deducirse

que el poseedor sea propietario, tampoco se infiere que posea en concepto de titular del dominio. Como hemos indicado antes, estas expresiones, poco felices, se refieren a la relación contractual, y no a la real en la que hay que encuadrar la posesión ad usucapionem (adquisición de las mercancías con contrato y entrega de los títulos para tener acceso a la cosa). La relación contractual tiene el valor, para la posesión ad usucapionem, de asegurar la persistencia del poder sobre la cosa, a través de la posesión mediata que ella confiere.

-296- bbb). La violencia en la posesión de los títulos de tradición

El que adquiere violentamente los títulos de tradición, aunque por la posesión de ellos tenga asegurada la recuperación de la cosa frente al depositario o transportista, no comienza a usucapir hasta que con el transcurso del tiempo necesario según los casos, pueda ser considerado jurídicamente como poseedor ad usucapionem (véase posesión pacífica).

-297- BB.- Formas de entrega basadas en la voluntad:

Su significación jurídica

En las formas de cesión de posesión que consideraremos en este apartado encontramos, por rasgo común, el significado de la voluntad de las partes. En unos casos la voluntad supone la interversión del concepto en que se tiene la cosa (entrega "bre vi manu", constituto posesorio, entrega instrumental), en otro la voluntad del tradens justifica la toma unilateral de la cosa por el accipiens.

Las formas de mayor interés son las que suponen la interversión. Son un ágil logro de la técnica jurídica, sólo posible si se parte, al menos inconscientemente, de la idea de que la posesión no es sólo el hecho, sino el concepto en que el mismo se tiene. En estos casos la entrega se logra sin desplazamientos de la cosa, porque la mutación se verifica en el concepto en que se tiene la posesión.

-298- 1.- Antecedentes

Derecho Romano: En un principio la función económica de la posesión, que se desarrolla jurídicamente unida al señorío material de la cosa, por cuanto que ésta potencia su disfrute efectivo, estaba íntimamente confundida con su función jurídica.¹³¹⁾ Si en alguna figura se pregonaba esta idea con más insistencia es en la tradición, que supone el comienzo de un efectivo contacto con la cosa, sin el cual no se entiende adquirida su posesión. El paso de la cosa mueble de mano a mano, o la entrada y recorrido del fundo, suponen, desde luego, el primer acto de goce de la cosa, al que al mismo tiempo se atribuyen las consecuencias transmisivas. Cuando las exigencias del tráfico imponen a la mentalidad romana transformar sus primitivos postulados, flexibilizando su idea de la traditio, hasta poderse afirmar que lo más que se exige en el Derecho justinianeo es "la presencia del símbolo de la traditio",¹³²⁾ la idea jurídica de la posesión se espiritualiza, ganando agilidad para adaptarse a todas las circunstancias, pero perdiendo en cambio su

primitivo engarce económico. Pierde entonces vigencia una idea posesoria basada en el contacto material con las cosas y se desarrolla un concepto de la posesión más flexible y más jurídico al par (potencialidad del disfrute), que andando los siglos nos ha de describir magistralmente SAVIGNY.

En este desarrollo del Derecho romano, nos interesa retener tres modos traditorios, en relación muy estrecha con la voluntad: La traditio brevi manu; el constituto posesorio y la traditio instrumentorum.

En el Derecho postclásico y justiniano, nos dice JÖRS-KUNKEL, "La declaración de entrega de la posesión, principalmente escrita, comienza a sustituir en la práctica a la toma real de posesión.¹³³⁾

Esta declaración se entiende encuadrada dentro del constitutum possessorium, produciendo el fenómeno que podemos calificar de interversión posesoria. La traditio brevi manu es otro supuesto en que arraiga la declaración de entrega.

-299- El constitutum possessorium¹³⁴⁾

Tal como lo entiende ALBERTARIO, el constitutum possessorium, es una hipótesis de traditio en el cual alguno, en lugar de remitir la cosa materialmente a las manos del nuevo poseedor, la retiene en su nombre, constituyéndose en una relación en la que se reconoce que no se posee por sí, sino por otro, por ejemplo se mantiene en el fundo a título de arrendatario. En otros términos, el poseedor suo nomine se constituye

poseedor nomine alieno, esto es detentador y representante de la otra posesión.¹³⁵⁾

-300- aa) El pacto agregado

El constituto romano llegó a su resultado de agregar a la venta, que implicaría la entrega de la cosa al comprador, un nuevo pacto, por el que se constituye una relación jurídica que justifica la retención de la posesión de la cosa por el vendedor (ej. D. 6, 1, 77; D. 41, 2, 21, 3). El derecho por virtud del cual el vendedor retiene la posesión de la cosa no es causa de una posesión en nombre propio, por donde este su jeto retiene la cosa como representante posesorio del adqui- rente. La tradición se opera, pues, en el momento en que el vendedor se constituye en representante posesorio del compra- dor y éste recibe la posesión a través de la representación del vendedor, que reúne la doble condición de cedente y ce- sionario (por representación) de la posesión. Cuál sea ese mo- mento, es cuestión no del todo clara. SOHM considera necesarios tres requisitos:¹³⁶⁾ 1º, contrato de compraventa; 2º, con- venio disponiendo el inmediato traspaso de la propiedad; 3º, pacto por virtud del cual el vendedor conserve en su poder la cosa. Parece que para SOHM el momento de cumplirse este último requisito coincide con el de la tradición. Podemos pensar con JORS-KUNKEL que el constituto es un "convenio por el cual el actual poseedor (jurídico) conserva la cosa como simple po- seedor de ella en beneficio de otros".¹³⁷⁾

En el Derecho Clásico que limitaba al procurator la representación en la posesión, no podía encontrar el constituto ambiente propicio a su desarrollo. De otro lado, en esta etapa no se han dejado sentir aún en el Derecho romano las influencias griegas y orientales representativas de un relevante papel otorgado a la voluntad y a la escritura. El constituto posesorio, por eso, se desarrolla en el Derecho post-clásico y Justiniano.¹³⁸⁾

-301- bb) Carácter causal del Constituto

La fijación de la causa, esto es el motivo jurídico de retención de la cosa, parece que fué necesaria en Roma (constituto causal). No obstante, en los últimos tiempos, la retentio usus fructus, era prácticamente una ficción, pues duraba sólo unos días.¹³⁹⁾ Lo importante del constituto no es que el tradens se haga arrendatario o usufructuario, sino que, en cuanto tal, pueda seguir reteniendo la posesión y el adquirente se haga poseedor mediato. Por eso, y por no existir una causa genérica de possessio nomine alieno,¹⁴⁰⁾ lo que en cierto modo supondría permitir la abstracción del constituto, se acude al camino de la ficción en la causa, por donde se anuncia el porvenir que esperaba a la figura cuando logre plenamente la abstracción.

-302- b) Traditio e instrumento¹⁴¹⁾

aa) Traditio instrumentorum

La entrega de los instrumentos de compra de la cosa sig-

nificó, por una evolución propia del Derecho Postclásico y Justiniano, la transmisión de la posesión de la propia cosa.

"Emptionum Mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum Mancipiorum traditionem facta intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere" (C.8,53,1).

El texto se refiere a la entrega de la escritura de adquisición que opera como título de legitimación del derecho. Su entrega tiene un significado parecido al de ciertos documentos mercantiles, que materializan al derecho.

-303- bb) Significado del instrumento en relación con la entrega en el Derecho Romano Vulgar

"Constantino, nos dice MAX KASER, introdujo formas especiales para las donaciones y para la compraventa de inmuebles. La donación exigía, a más de la entrega ante vecinos que actuaban como testigos, que la autoridad documentara y registrara el acto (insinuatio). La compraventa de inmuebles, y en la práctica tardía de otros objetos de valor, exigen igualmente la actuación de los vecinos como testigos y protocolización".¹⁴³⁾ Hay que destacar que esta utilización creciente del escrito se produce en una época de regresión hacia la compraventa al contado, de inmediata ejecución, con transmisión inmediata del derecho, de la cual ha dicho el propio KASER que "sacrificó la distinción, cuidadosamente elaborada por los romanos, entre negocio causal y entrega, confundiendo el negocio obligatorio y el real".¹⁴⁴⁾ También se ha interpretado esta época como de aproximación al sistema consensual, por resultado de la espi-

ritualización del elemento material de la tradición.¹⁴⁵⁾

El escrito, como la intervención de testigos, no tienen en estas circunstancias otro valor que el de un medio de prueba. En el mandato de CONSTANTINO obraron también los motivos fiscales.¹⁴⁶⁾ El escrito no sustituye a la entrega material, sino que uno y otra se complementan. La traditio cartae o entrega al adquirente del propio escrito, que ofrecía con frecuencia la práctica, tiene importancia para probar que la adquisición no se ha efectuado por robo.¹⁴⁷⁾

Por otra parte, si continuamos considerando el escrito como medio de prueba, dentro de esta función podía caberle el cometido jurídico de ser el vehículo de una cláusula de constituto. Con la espiritualización de la traditio conoció la época postclásica la generalización de las cláusulas de constitutum possessorium. Quizá esta forma de entrega, menos diáfana que la primitiva entrega material de la cosa que se prestaba, por tanto, a equívocos, quedaría incorporada al documento de transmisión. Por la estructura de estas cláusulas, y el carácter causal que en Roma tenían, sería normal que la escritura recogiese la venta y junto a ella al otro pacto, que al constituir al transferente en una relación sobre la cosa, justificaba su retención. Como en esta fórmula se contenía el convenio causal y el pacto de entrega, al ser recogida en el documento, éste significaría un título de legitimación importantísimo para el adquirente; con él se demostraba la adquisición con arreglo a Derecho.¹⁴⁸⁾

Conviene destacar que aunque por influencias griegas se extiende en el Derecho Romano la utilización de la escritura, en Grecia el escrito se encuadra en un sistema transmisivo puramente consensual,¹⁴⁹⁾ (sin traditio) mientras que en Roma no puede menos que servir el escrito a la mejor realización de su sistema, basado en el convenio y la traditio. No parece exacto pensar que en Roma con el escrito se instaurara el principio de transmisión por el solo consensu. Más que a esto, hay que atribuir la proliferación de las formas consensualizadas de entrega, a un proceso inequívoco de espiritualización de la posesión. La posesión se puede tener espiritualmente, cuando sin tener la cosa contamos con un documento que la representa y cuya entrega supone una puesta a disposición del objeto. O cuando el transmitente la guarda para nosotros usufructuándola (constituto posesorio). O cuando la entrega se dice realizada (en el documento), pues consintiendo el transmitente la incorporación de este dato (fiducio) es de suponer que no opondrá resistencia al efectivo ingreso del adquirente en la cosa.

La tradición a través del documento, gestado en el Derecho romano vulgar ha de influir en el Derecho germánico,¹⁵⁰⁾ y en nuestro Derecho nacional. La Lex Wisigothorum se separa tanto de las complicadas formalidades germánicas, cuanto de la versión más clásica de la traditio romana: Está influida por el Derecho Romano Vulgar, sobre todo por lo que se refiere a los contratos civiles y, en particular, con respecto a la transmisión de la propiedad, por entrega del respectivo título.¹⁵¹⁾

-304- Fuentes nacionales¹⁵²⁾

En el Liber iudiciorum encontramos el siguiente texto:

"Las cosas que son dadas luego de mano en ninguna manera non las debe demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada se-a luenne si es dada por escrito, non debe por ende menos valer, que entonz semeia la donación perfecta, pues que a ende el escrito daquel que ei la da (el donante)..." (lib.V.Tít.2º,Ley 6ª).

Parece que, en este texto, nos encontramos con influencias del Derecho Romano Vulgar, destaca CABRAL de MONCADA,¹⁵³⁾ semejantes, probablemente, a las que se dejaron sentir en el mediodía de Francia, y en Lombardía, donde se utilizó la traditio-cartae como equivalente a la tradición corporal.¹⁵⁴⁾ Pero el destino de la traditio cartae, en la práctica, desde los años 899 al 1188, según la información que nos facilita NÚÑEZ LAGOS, ha de ser un declive progresivo. Si se encuentra en los documentos castellanos de los años 899 y 1085 que contiene el Becerro gótico de Cardeña,¹⁵⁵⁾ es "menos frecuente y más va cía en el cartulario del infantado de Covarrubias a medida que se moderniza la fecha" y en 1180 no se hace mención de la traditio cartae, no apareciendo en las colecciones diplomáticas de Fernando II (1155-1188) y Alfonso IX.¹⁵⁶⁾

El Fuero Real reitera la significación del "dar la carta" en las adquisiciones derivativas. Dar la carta es equivalente a dar la cosa o ponerla en poder del adquirente. "Toda cosa que un home diere a otro, e la metiere en su poder, o le diere

dende carta, non gela pueda después toller, sino por alguna de las cosas que manda la Ley" (Libro III, tít.XII Ley 2a). Además se habla ya de la intervención del Escribano público en la confección de la carta, así como en su entrega.¹⁵⁷⁾

En las Partidas se recoge de nuevo la traditio cartae en sus dos versiones: la del Codex, entrega de los títulos por los que se adquirió la cosa, y la ya recogida en el Fuero Real, confección de un documento y entrega del mismo. La L.3a, t.XXX, Part.3a, dice: "Dando algún ome a otro heredamiento, o otra cosa cualquier apoderándole de las cartas por que la él ovo, o haciendo otra de nuevo e dandogela, gana la possession, maguer non le apodere de la cosa dada corporalmente".¹⁵⁸⁾

Además de recogerse en este texto dos versiones de la entrega por documento, nos señala su valor: aunque no haya apoderamiento corporal de la cosa (lo que en la mentalidad romanista de las Partidas sería el ideal), el apoderamiento de los títulos (preexistentes) o la entrega del que se confecciona en el acto, hacen ganar la posesión al adquirente.¹⁵⁹⁾ La entrega del documento, sin duda, representa la cosa y la propia entrega de la misma. Por eso no es suficiente el otorgamiento del mismo, sino que se ha de entregar. Se diría que este otorgamiento crea el símbolo que ha de representar a la cosa en la entrega. Hay aún mucha distancia entre esta ley de las Partidas y el art.1462, 2a C.c., pues en éste el otorgamiento del documento equivale a la entrega de la cosa. Aún así, tienen

las Partidas indudable importancia: en primer término, con ellas se afianza más la generalización del documento, en segundo término, se continúa la línea de la entrega a través del documento. Es cierto que aún no se ha llegado a la solución del art.1462,II C.c., pues es requisito, para que la traditio se efectúe, la entrega del propio documento, pero la posibilidad del constituto posesorio, (L.9º,tít.III,Part. 3ª), la progresiva incorporación de estas cláusulas a los documentos, la abstracción de la causa jurídica por la que el vendedor retiene la cosa, y por fin la conversión en cláusula de estilo (la de constituto posesorio) en los documentos, hace que vaya dejándose de incluir, por lo que la misma escritura, si no se indica otra cosa, lleva incorporado el pacto de constituto. Por eso GARCIA GOYENA describe así la práctica del siglo XIX: "La escritura suele hacer las veces de entrega aun sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de constituto posesorio".¹⁶⁰⁾

Las Leyes de TORO siguen reafirmando el valor de la entrega de la escritua ante Escribano, lo que ya en ellas no es nuevo (v.Fuero Real). "Quando el padre o la madre mejorase a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por algún otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que le hizo la dicha mejoría, o no; festa la hora de su muerte la puede revocar cuando quisiere: salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviere entregado la posesión de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas, a la

persona a quien la hiciere, o a quien su poder oviere, o le oviere entregado ante Escrivano la escritura dello..." (L. XVII de Toro).

En la Ley XLIV vuelve a destacarse el valor de la entrega de la escritura ante Escribano al constituir segundo mayorazgo.

El FUERO REAL, Las PARTIDAS y las Leyes de TORO, han ido destacando la posición de nuestro Derecho, un tanto peculiar si se la compara con la que se mantiene en el Derecho Común.

-305- El punto de vista del Derecho común y su influencia en nuestra doctrina

El punto de vista del Derecho Común, por mantenerse en los límites del texto del Codex (3,53,1), (tradición de los títulos de pertenencia), fué contrario a atribuir valor traditorio a la entrega del instrumento nuevo confeccionado con ocasión de la transmisión. Así nos resume Antonio GOMEZ esta orientación: "Non tamen sufficit traditio instrumenti moviter confecti de título, causa, vel contracta per quem res alienatur: ita expresse tenet et declarat Petrus, Cyn.Albér.Bald. Salve. et communiter D.D. in dict.Leg.I Cod. de donat". (C.8, 54,1)¹⁶¹⁾

¿Qué influencia tuvo en nuestros clásicos la opinión de estos autores? ¿Se dejó sentir? ¿Qué vía encontraron para salvar el peso que oponía al Derecho Común la letra de nuestras leyes?

Ni Antonio GOMEZ, ni COVARRUBIAS¹⁶²⁾ creen que las Partidas corrigiesen la disposición del Codex (8,54,1). En ambos autores, se nota por tanto la influencia del Derecho Común. MATIENZO, en cambio "en la glosa 6ª de la Ley 1ª, tít. 6º, libro 5º de la Recopilación, persuade con varias leyes de Partida que si la ley citada (se ref.L.8, T.XXX, P.3ª) no hubiera querido corregir o extender la disposición del Derecho común usaría de otras palabras".¹⁶³⁾ LLAMAS y MOLINA concluye: "sea de esto lo que fuere, lo que no tiene duda es que en el día por la ley 17 y 44 de Toro expresamente se ordena que entregandose la escritura de la mejora al mejorado, ante escribano, adquiere la posesión de la cosa."¹⁶⁴⁾

Antonio GOMEZ no duda que la entrega del instrumento preexistente tenga valor traditorio: "Si quis vendat, donet, vel ex alia causa promittat alteri suam rem, et tradat scripturam vel instrumentum in quo continetur ius vel titulus, mediante quo tradens habuit illam rem; statim in emptorem, donatarium, vel recipientem transit possessio ipsius rei, et per consequens dominium, usucapiendi conditio" y añade "Per traditione instrumenti, in quo continetur jus (documento preexistente) vel titulus ipsius rei, fingitur tradite ipsa res".¹⁶⁵⁾ En cuanto al otorgamiento de un nuevo documento y su entrega, con valor de tradición, GOMEZ mantiene una actitud más bien desfavorable. Se encuentra con dos fenómenos contradictorios que se siente llamado a armonizar mediante una ingeniosa y sutil explicación. De un lado la letra de las Partidas parece sin duda otorgar valor traditorio a la escritura otorgada (ex novo) y entregada,¹⁶⁶⁾

de otro el Derecho Común, del que las Partidas son una versión, no llega a tanto, por lo que no parece conveniente ampliar la interpretación del texto de éstas (L.8,T.XXX,P.3a), para soslayar en lo posible su colisión con el Derecho Común.

Antonio GOMEZ ofrece la solución: El otorgamiento de un nuevo instrumento se debe restringir a los casos de pérdida del preesistente, para potenciar aún entonces la utilización de este útil medio de entrega.¹⁶⁷⁾

-306- El constituto posesorio en las Partidas: la abstracción del constituto

Las Partidas, fieles al Derecho Romano recogen esta forma de transmitir la posesión de las cosas.

"Enagenan los omes los unos a los otros sus heredamientos a las vejadas a tal pleyto, que retienen para si en toda su vida el osofruto dellos; o después que los han enagenado, antes que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron arrienda los de los compradores. E en cualesquier destos casos dizimox que gana la possession de la cosa aquel a quien es enagedada: e aun ha el señorío en ella, bien assi como si fuese apoderado corporalmente della. Esse mismo seria si aquel que enagena ra la cosa dixesse: otorgo que de aqui adelante tengo la posesión della en vuestro nombre". (L.9a, tit.XXX,Part.3a).

Dos tipos de pactos de constituto se reconocen en este texto: el constituto causal y el abstracto. El primero, el único que se reconocía en el Derecho Romano, solía revestirse con

dos tipos de causa de retención: el usufructo, el arrendamiento, ambos, títulos estables de retención. El segundo, el constituto abstracto, se maniestaba en esta cláusula: "otorgo que de aquí adelante tengo la posesión della (la cosa) en vuestro nombre". Su utilidad es enorme. Transmitente y adquirente no se sienten obligados a constituir una relación que justifique la retención de la posesión por aquél, lo que en ocasiones, al no ser ese el propósito de las partes, conducía a la ficción del título de retención. Su consecuencia es la posibilidad de retener la posesión sin ningún título tan sólo porque el transmitente se hace representante posesorio del adquirente, para el cual obtiene la posesión (por la interversión del concepto en virtud de la cláusula de constituto) y para quien la retiene. En esta representación posesoria, el enajenante, desprovisto de todo título propio, retiene para el adquirente por la mera tolerancia de éste. La situación creada está llamada a desaparecer cuando el adquirente obtenga el poder efectivo sobre la cosa transmitida; entre tanto puede decirse que sirvió para adelantar la consumación del contrato, dando por efectuada la entrega. El poder efectivo lo tomará el adquirente a propia voluntad, no siendo obstáculo, en modo alguno, la posesión del transmitente, por su carácter meramente tolerado.

Antonio GOMEZ no parece exigir causa en el constituto, sin duda por la influencia de las Partidas. "Si quis, praecedente titulo habili ad translationem dominii, puta si vendat, donet, vel alio simili titulo alienet suam rem, et constituat se eam possidere nomine ejus cui fit alienatio, statim transit et

Quaeritur ei possessio, et per consequem dominum, vel usuca-
piendi conditio, nullo actu traditionis interveniente."¹⁶⁸⁾

-307- Práctica de los S. XVI a XVIII: superposición de la entrega
del documento y cláusula de constituto posesorio

La práctica posterior (S.XVI-XVIII) superpone al otorga-
 miento y entrega de la escritura la cláusula de constituto
 que en ella se pacta. En la escritura otorgada con motivo de
 la venta, el vendedor da poder al comprador para tomar la co-
 sa cuando quiera, para colocarse en su misma situación. En se-
 ñal de esto se entrega la escritura y en ocasiones los títu-
 los anteriores. Entre tanto obtiene el comprador la posesión
 corporal, el vendedor pacta constituirse en su inquilino te-
 nedor y poseedor. El otorgamiento de escritura y su entrega
 significaban ya con arreglo a las leyes vigentes la traditio
 y así se reconoce,¹⁶⁹⁾ en algunos documentos. La entrega de
 la escritura, por más que a veces se considere real, quiere
 reforzarse, acudiendo al expediente del pacto de constituto
 posesorio que explica la retención del transmitente. Como ve-
 mos de aquí resulta que en la práctica se utilizaban dos for-
 mas de entrega, cumulativamente: la documental y el constitu-
to posesorio. Pueden verse ejemplos de este tipo de escrituras
 de los siglos XVI a XVIII en NÚÑEZ LAGOS (Hechos y derechos),
 p.164 a 167 .

Los pactos de constituto suelen ser abstractos. Aunque
 se indique la retención de la cosa, como inquilino, en ello
 no debe, verse un título de arrendamiento, pues luego se añade:

"para lo poner en ella (la cosa) cada que me lo pida", con lo que se destaca el carácter precario de la posesión retenida. Además la eficacia que se pretende dar a la entrega del documento es plena: él por sí, transmite la posesión. La cláusula de constituto es una prudente fórmula de explicar cómo puede efectuarse una tradición sin traspaso del poder material.

-308- La entrega instrumental en el P. de 1851

El artículo 1385, p. 2º disponía:

"Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de éste equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario".

El texto, aun potenciado como veremos en las prácticas de los tiempos precedentes, no deja por ello de ser innovador. Por eso la primera cuestión que nos suscita es ¿Cómo se ha podido llegar a él ? Según parece a través de la incorporación al documento, como cláusulas de estilo, de las cláusulas en constituto abstracto, usuales en siglos anteriores, haciéndose por ello innecesaria su especial mención. Esto significó un desplazamiento del momento traditorio, que si antes se situaba en la entrega del documento ahora coincide con el otorgamiento del mismo.

-309- a) Carácter posesorio de la tradición instrumental en el P. de 1851

Debemos preguntarnos si con el otorgamiento de la escritura se consigue en el P. de 1851 una auténtica entrega posesoria o es un nuevo medio para lograr la transmisión del derecho subjetivo (contrato: título; forma pública: modo), en el que no contaría para nada el traslado de la posesión.

Esta cuestión exige valorarla teniendo en cuenta el sistema que fija el P. de 1851 para las adquisiciones derivativas.

En materia de transmisión de derechos reales, el Proyecto de 1851 adopta el sistema francés. "La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción" (art.548). "La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad... La propiedad pasa al acreedor y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega" (art.981).

El contrato de compraventa provoca la transmisión del derecho real. Esta transmisión es obra del propio Ordenamiento, en cuanto las partes celebran el contrato. Pero el contrato engendra al mismo tiempo una obligación de entrega: "El contrato de compraventa es aquel, en que uno de los contratantes se obliga entregar una cosa y el otro pagar por ella un precio cierto y en dinero" (art.1367, P.1851). La obligación de entrega, se refiere a la transmisión de la posesión, potenciando el efectivo disfrute del adquirente.

La entrega por escritura pública no tenía, nada que ver,

por tanto, en el Proyecto de 1851, con la transmisión del derecho. Estaba encaminada a transmitir la posesión, con independencia de la transmisión de aquél. Esta forma de entrega iba encaminada a hacer realidad el disfrute del objeto transmitido: eso significaba que el otorgamiento de es-critura equivalía a la entrega de la cosa.

-310- ¿Cómo llegó la práctica a la entrega instrumental?

El momento de la transmisión posesoria fué desde nuestro F.R. el de la entrega de la carta confeccionada con ocasión de la transmisión, por eso en los documentos del siglo XV al XVIII se encuentra recogido el propósito del enajenante de entregar la carta para hacer poseedor y dueño (o poseedor ad usucapionem, añadimos) al adquirente.¹⁷⁰⁾

Hacia el siglo XVI se añade, como hemos indicado, una cláusula de constituto que fortalece el valor de entrega de la escritura, y en estos momentos la práctica utiliza para la entrega documento y cláusula de constituto. La cláusula de constituto, hubiera bastado. Cuando esto se comprendiera, la entrega del documento perdería importancia y pasaría a tenerla su otorgamiento, por cuando que a él se incorporaba el pacto de retención, que en sí basta para la entrega. La tradición se produciría no tanto por el otorgamiento de la escritura, cuanto por la cláusula de constituto posesorio que ella incorpora.

Así es como en el S. XIX se debió producir el desplazamiento, en la entrega instrumental, desde la entrega del documento, a su otorgamiento. Si esto no triunfó en la práctica notarial, lo que es prudente pensar, pues el Notario debe buscar el camino más seguro en la elaboración del documento, si debió estar presente en la mentalidad jurídica de la época, para recogerse en el art.1385 del P.51.

De manera más acusada se destaca el carácter autóctono de esta evolución si comparamos el P. de 1851 con el C.c. francés, al que aquél sigue fielmente. En el Código francés no hay precepto equivalente al 1385,2º de nuestro P. de 1851. Se considera tan sólo como entrega "s'il s'agit d'un batiment" la entrega de "les titres de propriété" (art.1605).

Si el país vecino evolucionó por el camino de la transmisión solo consensu,¹⁷¹⁾ el nuestro lo hizo flexibilizando al máximo la entrega por el otorgamiento del documento. Dando valor traditorio a la nueva escritura, otorgada con ocasión de la venta y acompañada de la entrega de la misma, se potencia la evolución, que culmina en el siglo XIX (en el P. 1851), con el desplazamiento de la entrega del documento al acto de otorgamiento de la escritura.

La práctica del siglo XIX, al decir de GARCIA GOYENA, utilizó abusivamente las cláusulas de constituto. Al haberse convertido en cláusula de estilo la de constituto posesorio, para reforzar, aún en los casos de entrega del documento, la eficacia de cesión de posesión, debió llegar un momento en que se hicieran realidad las palabras de GARCIA GOYENA:

"La escritura suele hacer las veces de entrega aún sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de constituto posesorio".¹⁷²⁾

En ese instante puede surgir el art.1385, del P.de 1851 que se reproduce con posterioridad en el Código Civil. Resumiendo este proceso, se ha comprendido que la cláusula de constituto incorporada al documento hace innecesaria la entrega de éste, por lo que el momento de la entrega pasa a ser el del otorgamiento de la escritura. Se han suprimido las cláusulas de constituto, que se reabsorben en el documento. El otorgamiento de éste forzosamente equivale a la entrega, aunque se pueda impedir este efecto, voluntariamente por las partes, mediante otra cláusula documental contraria.

-311- 2.- El otorgamiento de escritura como formalidad apta para transmitir la posesión

Cuando el art.1462,2 dispone que "cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato" nos plantea un serio dilema interpretativo. ¿A qué se refiere la equivalencia? Ante este problema la doctrina se ha dividido, viniendo, en los últimos tiempos, autores que por su talla y razones merecen ser escuchados, a sentar un criterio distinto del tradicional.

El otorgamiento de la escritura equivale a la entrega nos dice el 1462 y esta equivalencia, léxicamente, es cierto, puede significar dos cosas bien distintas: equivalencia por el me-

dio transmisivo, lo que significa que la escritura es también una forma de entrega, y equivalencia por el resultado, lo cual quiere decir que la escritura, sin ser una forma de entrega, logra el mismo efecto que ésta, la transmisión del derecho. Como ambas soluciones son léxicamente mantenibles, no se puede resolver la cuestión interpretativa formulada, atendiendo sólo a la letra de la ley.

Las dos interpretaciones descritas nos llevan a resultados muy lejanos entre sí. El de la entrega, a mantener en toda su pureza el sistema transmisivo del Código (contrato más entrega) formulado en términos generales en el artículo 609, y que cuenta con precedentes en nuestra historia jurídica. El de la forma equivalente a la entrega, a sustituir la entrega por el otorgamiento del documento público, por donde peligrosamente podemos aproximarnos al sistema francés de la transmisión por el solo consentimiento.¹⁷³⁾

-312- Repercusiones sobre el comienzo de la usucapión

La cuestión, por tanto, tiene interés para el derecho civil¹⁷⁴⁾ y concretamente para el tema de la usucapión. Si la tradición instrumental transmite el derecho sin cesión de la posesión, no comenzará la usucapión hasta que la entrega material ponga en posesión al adquirente (art.1940 C.c.) En tal caso el estudio de la figura sólo se desarrollaría en el de los modos de adquirir los derechos y no en los de adquirir su posesión. Supondría además desvincular el goce del derecho (posesión) de la titularidad del mismo.

Con todo el interés que suscita la solución del dilema planteado, procuraremos ~~de~~ indagar las opiniones de nuestros autores y jurisprudencia, porque se trata de algo más que de una cuestión conceptual, la de fijar con precisión cuál de los dos sistemas se debe seguir. Por no pensarlo así, un ilustre jurista, PUIG BRUTAU, ha dicho a este propósito:

"De lo que se trata es de que el comprador no se encuentre, después del otorgamiento de la escritura, con la misma situación de hecho poco propicia a su derecho que mediaba antes de dicho otorgamiento. En definitiva constituye un problema de conveniencia práctica o de política jurídica el de resolver si, por el sólo hecho de haberse celebrado en forma fehaciente el negocio jurídico fundamental (v.g. compraventa), el comprador ha de poder esgrimir la acción reivindicatoria contra un tercer poseedor de la cosa vendida, o si es preferible, es decir, más favorable al derecho de dicho comprador, es timar que el vendedor no ha cumplido la obligación fundamental de entregar la cosa, ni en forma real ni simbólica.¹⁷⁵⁾

Sus palabras, un tanto escépticas y por ello desconsoladoras, relativizan altamente la solución, pues son todo el pro legómeno conceptual que emplea antes de analizar la jurisprudencia. El relativismo de PUIG BRUTAU es insostenible en nuestro Derecho, y menos en este punto, que por tratarse de un tema cardinal de las transmisiones jurídicas se impone una directriz general y permanente, marcada, claro está, por la pauta de la ley ante todo (v.art.5 y 6 C.c.).

-313- Panorama de la doctrina española

A) La mayoría de nuestros autores o no se plantean directamente este problema, dando por sentado que el otorgamiento de escritura es una forma de traditio ficta,¹⁷⁶⁾ o adoptan una postura favorable a la consideración del otorgamiento del documento con significado de cesión de posesión. Entre estos últimos se cuentan CASTAN, ROCA SASTRE, VALLET.¹⁷⁷⁾

CASTAN, señala que la tradición instrumental es una mera presunción iuris tantum, cuya fuerza se debilita si de la escritura resulta, expresa o tácitamente, que no fué propósito de las partes realizar la entrega, o si el vendedor no era poseedor de la cosa.¹⁷⁸⁾

ROCA, ofrece también una interpretación posesoria del 1462, II, por eso entiende que "para que la tradición haya realmente existido o haya podido implicar la puesta en poder y posesión de la cosa tradida, es preciso que el tradente la tuviere en su posesión".¹⁷⁹⁾

b) En sentido contrario se sitúan GARCIA VALDECASAS, G. LACRUZ y ALBALADEJO. También se sostiene en algún lugar, con cierto carácter incidental por LA LAGUNA. Por la importancia que tiene este nuevo rumbo doctrinal, vamos a concentrar nuestra atención en su estudio y comentario.

-314- Posición de LACRUZ

LACRUZ, pensando en los títulos que tienen acceso al Registro y en la utilidad de que en ellos se haya efectuado la

transmisión del derecho, entiende que junto al consentimiento (título) la simple forma pública (modo) determina la transmisión del derecho. La transmisión de la posesión de la cosa, como no se ha producido por el otorgamiento de la escritura, debe subseguir a éste, sin que tenga nada que ver con la transmisión del derecho.

Para apoyar su tesis emplea los siguientes argumentos:

-315- Primer argumento

Ser la única que hace posible justificar la transmisión realizada por un propietario no poseedor, posibilidad que se desprende, según él, de los arts. 1462, 1463, 1473, y el 36 L.H. "que entiende ser posible transferir la propiedad de una cosa, mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total".¹⁸⁰⁾

No parece a nuestro juicio que el C.c. favorezca la transmisión de un propietario no poseedor. El 1462 debe descartarse como argumento porque es el que intentamos interpretar. El 1463 que autoriza la transmisión por el solo acuerdo, plantea un problema parecido al del artículo anterior, y como no dice directamente que en los contratos traslativos se pueda transmitir el derecho sin entrega de la cosa, no es argumento decisivo.

Tampoco es decisivo el artículo 1473 porque su misión es resolver un supuesto anómalo, el de la doble venta, y no sentar las bases del sistema transmisivo. Por fin el 36 L.H. puede

en parte explicar-se acudiendo al 38 L.H. (supuesto de contradicción entre posesión material y registral) y respecto de él hay que advertir que sus anomalías deben interpretarse restrictivamente, favoreciendo en lo posible su armonización con la Ley Común, el Código Civil.

-316- Segundo argumento

Permitir interpretar el 1473, 2º sin hacerlo inútil o convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición.

El art.1473 regula^{la} situación creada por la doble venta de una misma cosa y presuponiendo que a ambos adquirentes se ha podido transmitir la propiedad (en las dos ventas ha habido tradición) dilucida cuál de los dos pretendientes a la propiedad tiene mejor derecho: Por este concreto supuesto que considera, no es extraño que tome en consideración a la inscripción o al título de fecha anterior. En uno y otro caso no es preciso forzar la interpretación del 1462,II, en el sentido de que el otorgamiento de escritura suple a la entrega (no transmite la posesión), como hace LACRUZ, para no entender en el párrafo segundo del 1473 que la inscripción suple a la entrega.

Podría haberse resuelto la cuestión de la doble venta con una técnica más abstracta: Tal vez más simple, pero de resultados menos justos. Si el contrato (título) sólo confiere un de recho a la cosa (arts.609,1095,1445,1461 C.c.) hubiera podido bastar la prioridad en la entrega para determinar el mejor de recho. Pero no se hace así porque es preciso valorar^a la buena fe

y a la suscripción, elementos de capital significado en el sistema transmisivo español (cfr. art. 464, C.c. art. 34 L.H.). Y además porque puede darse el caso de que no baste acudir a la prioridad en la posesión, porque tal prioridad no es tá demostrada: Entonces habrá de tenerse en cuenta la anterior fecha del título, no porque se reconozca a éste fuerza para transmitir el dominio sino porque presupuesta la entrega para ambas partes sin estar demostrada la anterioridad de alguna de ellas, el título anterior es un rasgo de precedencia en el derecho (de mejor derecho).

El párrafo segundo del art. 1473, dice: "Si fuere inmueble (la cosa doblemente vendida), la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro". Esto no significa que en las ventas de inmueble no sea necesario el traspaso de la posesión (entrega). Esta debe realizarse en todo caso. Lo que sucede es que en las ventas de inmuebles, la inscripción es un elemento más que por su valor jurídico ha de determinar el mejor derecho de uno de los compradores.

El párrafo 3º del art. 1473 dispone: "Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe".

Parece indicar que cuando no haya posesión, bastará el título más antiguo para obtener la propiedad. Para no llegar a sostener que basta el título para transmitir el derecho, es muy útil la interpretación dada por LACRUZ, al art. 1462, 2º,

pues de ella resulta que el título puede transmitir el derecho. Pero esto es insuficiente: El título puede ser un documento privado en el que conste la entrega. O uno público, que por voluntad de las partes excluya el efecto de equivalencia a la entrega (v.art.1462,2º). Para no llegar al resultado absurdo de que baste el título para transmitir el derecho, se ha de interpretar de otro modo el 1473,III.

"Faltando ésta", no significa que falte la posesión por que no haya habido para ningún comprador entrega; tampoco que la hubo, para uno antes que para otro, y ahora, en el momento de la contienda no la tiene, pues el haberla tenido el primero, aunque después la pierda le basta para adquirir el derecho. Faltando ésta parece querer decir: faltando una prioridad, demostrada, en el hecho de la posesión, si tampoco hay inscripción se acudirá a la prioridad en los títulos. De esta manera, o porque los dos adquirieron la posesión al mismo tiempo (y hubieran podido simultáneamente, también adquirir el derecho, si no fuera por la doble venta) o porque no es posible demostrar la prioridad en la adquisición de la posesión, se da una solución parecida a la del 445 C.c.: Cuando hay dos posesiones actuales, procedentes de la misma época se acude al título. Y como ambos adquirentes tienen título (si no, no habría doble venta), se atribuye preferencia al más antiguo.

-317- Tercer argumento

El tercer argumento de LACRUZ vamos a transcribirlo textualmente: "La existencia en el C.c. de numerosos casos en que

la propiedad se transmite derivativamente sin necesidad de un traspaso posesorio. Y ello, no sólo en los supuestos de sucesión universal (incluso, al parecer, el del 1674) o de sucesión mortis causa (legado, derecho de reversión), sino en negocios jurídicos inter vivos, como la donación o dote, o en las adquisiciones provocadas por el funcionamiento de una condición (sobre todo resolutoria) o por el ejercicio de derechos de configuración jurídica. En éstos son numerosos los casos en que una manifestación de voluntad resuelve el dominio en una persona y lo hace nacer en otra, sin referencia alguna a la situación posesoria de los bienes; piénsese en el llamado retracto convencional, en la anulación de una transmisión impugnabile o en determinados casos de rescisión".¹⁸¹⁾

Con todo respeto para este ilustre profesor, uno de los que ha contribuido en los últimos tiempos a dar altura científica, altamente deseable, a los estudios de Derecho Civil en nuestra Patria, parece que sus argumentos, de indudable peso, no son decisivos.

El que haya numerosos casos en que la propiedad se transmite derivativamente sin traspaso posesorio, casos no referidos a contratos, no destruye la verdad del aserto de que el otorgamiento de escritura es una forma de cesión de posesión. Tal aserto se apoya el 609 in fine, 1095, 1445, 1461.

Los casos referidos por LACRUZ podrían ser excepcionales, pero estudiándolos uno a uno vemos que no son decisivo apoyo de su tesis, pues es explicable en unos por qué no ha ce falta la entrega posesoria para la transmisión del derecho, y en otros (ej. la donación) ni tan siquiera es del to do indiscutible que ésta no sea necesaria.

-318-

a) Supuestos de sucesión universal

La sucesión universal mortis causa, se produce, es cier to "por el hecho sólo de la muerte" del causante (art.661), y desde ese momento (art.657), abarcando todos los derechos y obligaciones del difunto (art.661), en suma su patrimonio, tal como queda cristalizado en el momento de su defunción (comp.art.1911 C.c.). No hay entrega, para que se produzca es ta peculiar transmisión, lo que se explica por la peculiaridad de la misma al reemplazar al causante en su posición respecto a todo un patrimonio.¹⁸²⁾

Los patrimonios no pueden transmitirse mediante entrega, ni pueden poseerse, ni pueden usucapirse (art.1940). La entrega, la posesión y la usucapición se refieren a los bienes con cretos que los integran. ¿Qué significado tiene entonces la llamada posesión civilísima? (art.440 C.c.). Su valor está en colocar al heredero en la misma situación posesoria que el causante, potenciado entre otras cosas la continuación de la posesión ad usucapionem que inició éste. Se hace por eso necesario tomar posesión de los bienes para iniciar una usucapición que no corriege a favor del causante. El art.440, dice el T.S.

"se refiere exclusivamente a la posesión calificada de civilísima y que transmite como disfrutada ya por el causante, pero no a los derechos que personalmente ejerce el causahabiente sobre la herencia que, por ser exclusivamente suyos, no le pueden ser transmitidos y los adquiere a título personal" (S. 12, abril, 1951). Como consecuencia de esto, la posesión ad usucapionem que inicia el heredero putativo, comienza no con la muerte del causante (posesión civilísima) sino con la entrega de los bienes hereditarios.¹⁸³⁾

Además esta colocación en la posición del causante no se refiere al conjunto de bienes, sino a cada uno de los que componen la herencia (v. 440 C.c., art. 1638 L.E.C.).

Concluyendo, las especialidades de la sucesión universal, (no hay entrega para adquisición del derecho), se explican por el particular significado de esta forma de adquirir, y en parte también, aunque ello podría soslayarse (comp. art. 1638 L.E.C.) por tratarse de un patrimonio.

El otro caso de sucesión universal que señala LACRUZ es la sociedad universal. En ella hay una puesta en común de todos los bienes presentes que actualmente pertenezcan a los socios (art. 1673), lo que hace que pasen a propiedad común de los mismos (art. 1674).

Por el contrato de sociedad surge la obligación de poner en común los objetos (art. 1665) y como esto supone transmitir a un nuevo ente o a una comunidad de socios unos derechos,¹⁸⁴⁾ la entrega se hace necesaria: La transmisión se efectúa con la entrega. En la sociedad universal la entrega del patrimonio no

es posible: Este puede explicar ya lo excepcional del ¹⁸⁵⁾ caso. Pero si aun en este caso fuera necesaria la entrega (v.art. 1665 y 1673), podría hacerse referida a cada uno de los bienes que componen el haber de los socios.¹⁸⁶⁾ Es prudente que de esta manera concreta se fijen los bienes de la sociedad, a efectos de la seguridad de terceros acreedores.

-319-

b) Sucesión particular mortis causa: el legado

En el legado debemos distinguir dos posibilidades: 1º, el de cosa específica y determinada que sea propiedad del testador (art.882); 2º, los demás tipos (881 C.c.). El primero confiere la propiedad del objeto desde la muerte del testador, sin necesidad de entrega. La entrega será posterior a la adquisición del derecho sobre la cosa (art.882 y 883; 885). En el segundo caso, con la muerte del testador parece adquirirse un derecho al legado (art.881), que obliga a su entrega y saneamiento por evicción (860 C.c.) a la persona o personas a quienes grave el legado (859 C.c.). En este caso la adquisición del legado, parece ser efecto de la entrega, produciéndose la misma mecánica transmisiva de la venta (comp.art.1461 C.c.).

¿Por qué en el legado de cosa específica y determinada, propia del testador el C.c. rompe con el principio de la tradición? ¿Por qué ésta no es necesaria para su adquisición? (art.885). A nuestro entender porque aún cuando no sea la solución más lógica si es la más conveniente.

El legatario quedaría en una posición muy desfavorable frente a los herederos. No tendría más que un derecho a la cosa legada, mientras que aquellos serían titulares de todos los objetos comprendidos en la herencia. Para evitar esto, se asimila la transmisión del legado a la de la herencia.

-320-

C) Donación:

Aquí estamos ante un tipo de transmisión a título gratuito. Este carácter de la causa, (complart.1274) no puede menos que influir en la técnica transmisiva de la donación. El art. 609, separa la donación de los contratos, lo que es lógico por la causa que en ella predomina. ¿Significa esto que la eficacia transmisiva de la misma se logra al margen de la entrega? Desde ahora adelantamos que nos parece dudosa tal respuesta.

La donación se compone de dos declaraciones de voluntad: la del donante y la del aceptante. El primero dona, el segundo acepta. La aceptación es necesaria, mas ¿qué efectos produce? A este propósito nos dice el Código que obliga al donante (art. 629), por lo cual parece que cuando el art.621 dispone que "las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título", se remite a las disposiciones que regulan la eficacia transmisiva de los contratos mediante la entrega.

Es cierto que en el art.609 se separan las adquisiciones por contrato y por donación. Pero si las donaciones "inter vivos" se rigen por las disposiciones generales de los contra-

tos y obligaciones (art.621 C.c.) y si la donación perfecta no transmite la propiedad, sino que obliga a la entrega, si ella aún no se ha producido (art.629), es necesaria la entrega para que se transmita el derecho (art.1095).

No es razón suficiente, que el 609 cite a la donación separada de los contratos. Esto indica que se trata de una forma adquisitiva especial. Pero su especialidad no debe estar en una simplificación del proceso transmisivo, sino al contrario, en agregar a la forma normal de transmisión algunos requisitos de forma, en atención a su carácter gratuito. Queda en pie que la donación obliga, y para transmitir se hace necesaria la entrega.

Ciertos requisitos de forma se han agregado para su perfección: la entrega de la cosa, la confección de un escrito en que conste la aceptación (art.632) el otorgamiento de escritura, constando la aceptación (art.633). Estas formalidades, necesarias para la perfección de la donación, tienen, en algún caso, el valor de ser al mismo tiempo una forma de cesión de posesión, así en la entrega de la cosa mueble, o en la escritura para la inmueble (entrega instrumental). En estos casos, bajo cierto aspecto, se puede pensar que la donación es por sí un acto de disposición (v.art.618 C.c.), aun que lo correcto sea considerar la doble vertiente de estas solemnidades (perfección de la donación, tradición). En otros casos las solemnidades de perfección no sirven para la entrega: así en la donación de cosa mueble por escrito (art.632 C.c.).

-321- d) La dote estimada, cuya adquisición, nos dice LACRUZ, no requiere tradición, tampoco parece que convierta al marido en pleno propietario.

"La idea de que los bienes constituidos en dote estimada no quedan completamente desvinculados del patrimonio de la mujer palpita en el Código de Comercio y en la doctrina civil del T.S. El primero (art.909,nº 1) considera de dominio ajeno, por no haberse transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, los bienes dotales estimados que se conservaren en poder del marido, y concede a la mujer frente a los acreedores de éste, el derecho de separar dichos bienes de la masa de la quiebra si constan su recibo por escritura inscrita con arreglo a los arts. 21 y 27 de aquel Código. Y el T S. ha establecido, que siendo el marido deudor del precio, no debe considerarse a la mujer desposeída en absoluto de los bienes dotales estimados".¹⁸⁷⁾

Pero aún si entendemos que la propiedad de los bienes dotales para el marido (art.1346,I, C.c.), la regulación de este punto coincidiría con la pertinente en las donaciones comunes (art.1339,1328). Con la consecuencia de ser necesaria la entrega (art.621,629,1095).

-322- e) Condición

La primera cuestión que nos sugiere la condición, es la de si ella afecta al título o a la entrega. El C.c. estudia las condiciones en la teoría de las obligaciones (arts.1113 a 1124), pero esto no debe obligarnos a circunscribir sólo a

ellas esta figura. Su alcance es más dilatado, pensemos en las situaciones jurídicas de pendencia.¹⁸⁸⁾ La condición, sin embargo, creemos que se sitúa en el título, y desde él, afecta a la entrega, en cuanto ésta queda configurada por aquél. Así la posesión que se transmite como consecuencia de un contrato condicionado, está configurada por él, y sufre respecto a la usucapión paralelas restricciones que el derecho adquirido.

Los dos tipos de condiciones, suspensivas y resolutorias, producen efectos que conviene separar.

-323- 12.- Condición suspensiva

La condición suspensiva impide la formación de un título que otorgue plenos efectos transmisivos a la entrega.

Si ésta se efectúa, aunque pendiente la condición no sea exigible (art.1113 C.c.), el título no tiene fuerza suficiente para prestarle apoyo que otorgue al adquirente el derecho. Pero tiene una potencialidad (el título) de convertirse en causa de una adquisición estable, lo que hace que tal entrega no esté desprovista del todo de causa, y no pueda pensarse, hasta el incumplimiento de la condición, que ha originado un enriquecimiento sin causa (v.art.1895,y 1901).

Cumplida la condición, el título adquiere fuerza y a la entrega ya efectuada, le da un valor jurídico adquisitivo de una titularidad plena, desde el día de la entrega (comp.art. 1120, C.c.).¹⁸⁹⁾

Las condiciones suspensivas no plantean el problema de la transmisión sin entrega: La entrega ya se ha efectuado.

-324- 2º.- Condición Resolutoria:

La condición resolutoria no impide la constitución del título, con fuerza para obligar a la entrega (1113, C.c.). Hay pues una obligación exigible, y la entrega de la cosa provoca la transmisión de la propiedad.

Esta transmisión, como el título, está condicionada (así por ejemplo, nos indica el C.c. que el usufructo se extingue por cumplirse la condición resolutoria, consignada en el título constitutivo, art.513,2º). No creo por ello útil pensar lo que quizás sea más lógico, esto es: que hay una transmisión perfecta de una propiedad plena; que cumplida la condición resolutoria habrá otra transmisión, en sentido inverso (al primitivo enajenante), la cual por producirse automáticamente, condición cumplida, no requeriría entrega.

La entrega, precedida de título afectado por condición resolutoria, está, como el título, afectada por la condición, por lo que produce una adquisición infirmo. El cumplimiento de la condición no opera como nuevo título retrotransmisivo, que debiera ir acompañado de una retroentrega. La condición actúa en el primer título (lo hace infirmo), y se desenvuelve desde él (hace infirmo el derecho adquirido). El cumplimiento de la condición es una posibilidad que se anuncia en el título por lo que la entrega no puede producir un efecto pleno y definitivo. Se anuncia con la condición que la transmisión no se hace

a título definitivo. Por esta limitación que opone el título condicionado a los plenos efectos de la entrega, el carácter poco firme de la misma explica la readquisición del derecho por el transmitente sin necesidad de retrotradición.

-325-

F) Retracto convencional

Tiene lugar el retracto convencional "cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida" (507, C.c.) durante un cierto periodo de tiempo (art.1508).¹⁹⁰⁾

Centrando nuestra atención en el problema de la entrega, el retracto convencional admite dos formas de enfoque:

1º.- Considerarlo como afectando al título de venta, hasta, por condicionarlo¹⁹¹⁾ (condición potestativa), convertirlo en título infirme, con lo cual no sería necesaria la retro entrega para recuperar la propiedad de la cosa.¹⁹²⁾

2º.- Considerarlo como agregado a una venta perfecta y consumada, para conseguir con él una retroventa de la cosa. En este caso es dudoso que baste la emisión de^{la} voluntad del primer vendedor para que automáticamente se le transfiera la propiedad de la cosa. Todo parece hacer necesaria a la entrega, pues se han superpuesto dos esquemas contractuales nítidos.

De estas dos posturas parece más recomendable aceptar la primera. Así se explica mejor que la manifestación de voluntad, como entiende LACRUZ, resuelva el dominio en una persona y lo haga hacer en otra sin referencia alguna a la situación

posesoria de los bienes. Entaríamos ante un caso muy semejante al que hemos descrito en el apartado anterior a propósito de las condiciones resolutorias.

Sin embargo, tampoco se puede negar rotundamente que no sea mantenible la segunda postura. "Tratándose de inmuebles inscritos, advierte CASTAN, el cumplimiento de la condición de retraer se hace constar en el registro por medio de una nueva inscripción a favor del vendedor (esto es lógico), para practicar la cual se necesita nueva escritura pública, por la que el comprador devuelva al vendedor la finca (cfr. Res. D.G. R., 22 mayo 1926)".¹⁹³⁾

Esta necesidad de entregar (que el C.c. desde luego silencia) unida al artículo 1511, que dice que "el comprador as tituye al vendedor en todos sus derechos y acciones", no deben hacer pensar en que se transmita plenamente el dominio en la venta con pacto de retro. El hecho de que el vendedor pueda ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional (art. 1510), así como la restricción que, en cierto modo, tiene el comprador para gravar la cosa, porque debé recibirla el vendedor libre de toda carga e hipoteca (art. 1520), inclinan a pensar que en este tipo de ventas no sólo se adquiere una titularidad revocable, (v. 1509), sino también limitada. En ese caso creo mejor, pensar que existe un solo esquema contractual (venta con pacto de retro), un solo título, una entrega configurada por la provisionalidad y limitación de éste y que por eso hace innecesaria

la retroentrega, para que el vendedor readquiriera la propiedad. A esto no contradice el art.1518 C.c.

Esta interpretación no se opone a que el adquirente, si su suerte no es más que la de un poseedor "ad usucapionem", obtenga la posesión en concepto de dueño, necesaria para usucapir, pues nunca podrá (salvo interversión), oponer al vendedor la usucapión para impedir la efectividad del pacto de retro, porque lo impide el título que configura su concepto posesorio. En cambio es muy útil para el adquirente poder completar la usucapión, aún antes de que pierda virtualidad el pacto de retracto, para asegurar su situación (ahora provisional, luego definitiva) frente a terceros adquirentes, y no es menos útil para el vendedor que no fuera titular, pues la usucapión del comprador le favorece, asegurando el ejercicio de su derecho de retracto, [facilitando] la adquisición de la propiedad (o titularidad del derecho de que se trate), con el ejercicio de éste.¹⁹⁴⁾

-326-

g) Títulos infirmes:

En algunas ocasiones el ejercicio de los llamados derechos de configuración jurídica no requiere la tradición para que una persona se haga titular; pensemos en la anulación de una transmisión impugnabile (anulable). Esto bien se explica porque el título, como en los supuestos anteriores, antes de su impugnación carecía ya de la firmeza necesaria. La situación creada por él era claudicante. En estos casos hay una

regresión jurídica desde el mismo punto de partida, y no es correcto pensar en una retransmisión (con traditio) de un adquirente, que carecía de firmeza.¹⁹⁵⁾

Producida la anulación ex tunc, no parece necesario que medie entrega para reobtener la titularidad del derecho. Ni ello debe considerarse como ejemplo favorable a la transmisión sin entrega, por las especiales razones que lo justifican. La acción restitutoria, por ser consecuencia de la declaración de nulidad, se referirá a bienes propios de quien la incoa.

En algunos supuestos de rescisión vuelven a surgir dudas parecidas a las anteriores. ¿Hay retrotransmisión sin entrega? Son los casos de rescisión por lesión con eficacia restitutoria.¹⁹⁶⁾

El distinto tratamiento de la rescisión respecto a la anulación, se manifiesta en la retroacción de los efectos restitutorios. "La eficacia restitutoria se ha podido considerar retroactiva, pero sólo en el sentido del efecto retroactivo obligatorio. Ejercitada la acción rescisoria, nace la obligación de devolver las cosas que fueron objeto de contrato con sus frutos y del precio con sus intereses (art.1295, par.1º); es decir la de tornar las cosas al estado anterior, en su aspecto económico. No se da, en cambio, el efecto retroactivo llamado real. A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindi

do, celebrados en base de su validez. Tampoco tendrá lugar la rescisión dice el Código, cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe" (art.1295,p.¹⁹⁷28).

Este parecer no se opone a la consideración del carácter poco firme que tiene también el negocio rescindible. Se trata de un título que pierde su originaria validez y en el cual por ello se explica que no sea necesaria la retroentrega, para que en el orden jurídico se torne la situación a su primitivo estado.

-327- Posición de ALBALADEJO

ALBALADEJO opina que la tradición instrumental:

1º) O da realmente lugar a un caso de constituto posesorio, pues el tradens sigue poseyendo la cosa, pero transfiere al accipiens su posesión mediata.

2º) O da lugar a un caso de tradición sin transferencia de posesión (ni inmediata ni mediata), cuando el tradens no poseía de forma alguna".¹⁹⁸)

Luego agrega: "... el artículo 1462, 2º, dice -sin distinguir que el tradens posea o no que- "el otorgamiento de la escritura pública equivaldrá a la entrega de la cosa"... Luego lo que hay que entender es que no es posible la tradición instrumental transferente de la posesión mediata,¹⁹⁹) si no poseía el tradens (y en ese sentido es evidentemente acertada la jurisprudencia del T.S. que requiere que éste posea). Pero, aun

que éste no posea ni como hecho ni como derecho, sí es posible la tradición instrumental por la que no se traspasa posesión alguna pero si se transfiere la propiedad u otro derecho real".²⁰⁰⁾

Siendo correcta esta postura, en cuanto exige para que se transfiera la posesión mediata con el documento, que el tradens poseyera, no parece en cambio estar en armonía con nuestro Derecho, cuando entiende que el documento, al margen de toda posesión, puede transferir el derecho real. Su argumento es el término equivaldrá, (1462,20), que según ALBALA DEJO, no plantea problema de si hay o no transmisión posesoria. Mas parece que en esta palabra pueden verse dos significados: equivalencia de medios (escritura y entrega son formas de transmitir la posesión o mejor el otorgamiento de escritura pública es una forma de entrega), y equivalencia de resultados (la escritura sin suponer entrega, cumple la misma función de ésta para lograr la transmisión jurídico-real). Si admitimos, como parece adecuado, que la equivalencia sea en los medios, no hay razón para pensar que también haya de incluirse el otro tipo de equivalencia, y por tanto la tradición instrumental siempre ha de suponer el traspaso de la posesión.

.328- Posición de LA LAGUNA

La misma dirección encontramos en LA LAGUNA, quien afirma que "los contratos obligatorios de finalidad traslativa que por su naturaleza consensual, requieren en principio, para pro

ducir efecto real, la mediación de la traditio pueden operar directamente la transmisión con la intervención de una cierta forma en los términos que previene el artículo 1462 C.C.²⁰¹⁾

-329- Posición de GARCIA VALDECASAS

Con más reservas pudiera pensarse que también GARCIA VALDECASAS la mantiene. Primeramente citemos un texto que parece seguir esta dirección: "ciertas formas de tradición fingida, como es el caso de la tradición instrumental pueden producir la transmisión del derecho real, aún en el supuesto de que el tradente no tenga la posesión y por tanto no haya podido transmitirla al accipiente".²⁰²⁾ En otro lugar dice: "También admite el G.c. ciertas formas de transmisión por medio de contrato, del derecho de posesión (posesión incorporal), sin que el adquirente alcance el poder de hecho, ni siquiera mediato sobre la cosa".²⁰³⁾ (ej. otorgamiento de escritura pública). Por este texto se limita el alcance del anterior, pues se exige en el transmitente una posesión incorporal. Toda la cuestión está en averiguar qué alcance da G. VALDECASAS a esta posesión incorporal.

-330- 3.- La adquisición de la posesión ad usucapionem a través de la escritura pública

Por lo dicho hasta aquí hemos intentado señalar cómo el otorgamiento de escritura pública es un medio de transmitir la posesión suficiente para el cumplimiento del deber de entrega impuesto en la compraventa. Ahora nos corresponde estu

diar cómo se logra la transmisión de la posesión ad usucapionem a través del otorgamiento del documento público.

-331- a) Posesión recuerda en el tradens: análisis de los diferentes supuestos

Partimos de la necesidad de que el cedente a través de la formalidad que consideramos sea ya poseedor ad usucapionem, o de que el adquirente, por consecuencia de la adquisición de la posesión, venga a constituirse en tal. Debemos aún precisar el tipo de posesión que ha de tener el tradente para que la escritura pública produzca la transmisión posesoria.

Como es sabido la noción de posesión adopta formas espiritualizadas. Será preciso estudiar cómo, a través de la entrega instrumental, puede producirse la cesión de posesión en cada uno de los supuestos de posesión inmaterial. Advirtamos, además, que esta forma de entrega es un medio muy idóneo para ciertos supuestos en que la entrega manual sería imposible por la espiritualización de la posesión producida en ellas.

-332- aa) Posesión corporal

La situación que menos duda ofrece es la del poseedor que tiene la cosa materialmente. Esta tenencia material corresponde a un concepto bajo el cual se ejercita la posesión de la cosa: Concepto de titular de un concreto derecho (propiedad, usufructo, servidumbre...). El concepto en que tenga la posesión el tradens es muy importante, porque el accipiens no puede obtenerla, por virtud de la escritura, en un concepto más

dilatado que el de aquél. La posesión se inicia en ese concepto, y en tanto no llegue a tomarse efectivamente la cosa, no se puede intervertir unilateralmente. El concepto en que posee el transmitente puede no coincidir con el que se intenta transmitir por virtud del título de enajenación pero la escritura coloca al adquirente en la misma situación posesoria que el tradens; de nada servirá que este sujeto declare transmitir un derecho y una posesión que no tiene; el adquirente no puede aprovecharse de ello hasta tanto que el causante intervenga la posesión, o él mismo, al tomar contacto efectivo con la cosa.

-333- bb) Posesión incorporeal

El otorgamiento de escritura es un medio muy útil para transmitir determinadas situaciones posesorias, que por su carácter incorporeal o espiritualizado, no son susceptibles de transferencia corporal. En el terreno civil se caracterizan por seguir produciendo los efectos típicos de la posesión. El poder, en algunos casos, está potenciado por el ejercicio procesal de una acción y su transmisión debería, por tanto, repercutir en la legitimación activa para la interposición de la acción oportuna (ej. art. 1633 ss y 1651 L.E.C.).

En los casos a que vamos a referirnos la entrega se produce porque el Derecho, asumiendo la voluntad de las partes, coloca al accipiens, respecto al objeto, en la misma situación posesoria en que se encontraba el tradens.

-334- aaa) Posesión mediata

Cuando el transmitente sea poseedor mediato de la cosa (art.431) la eficacia posesoria de la escritura se circunscribe a tal tipo de posesión. Y frente al poseedor inmediato, el adquirente asume el papel que tuviera su causante, según el título que desdobló la posesión. La presentación de la escritura impone al poseedor inmediato el reconocimiento del nuevo poseedor superior. El transmitente debe además colaborar a ello, por los medios a su alcance (cfr.art.1638,II LEC) Aunque el mediador posesorio desconozca la transmisión y siga poseyendo para el transmitente, esta posesión aprovecha al adquirente, porque trae causa de aquél.

El Tribunal Supremo ha entendido en S.17 diciembre 1948 que el contrato de arrendamiento y la posesión del arrendatario no priva de la suya al arrendador, produciendo efectos de entrega la escritura celebrada por éste. La razón está en la interpretación que hace del artículo 445 C.c. En vez de admitir la del recurrente, que entendía que "el poder del arrendatario en la cosa arrendada, en cuanto al goce y disfrute de la misma si el arrendador no se ha reservado ninguno de sus aprovechamientos (según ocurría en el caso) es un poder de hecho y ~~ex~~cluyente" y por tanto el otorgamiento de la escritura no equivale a poner en poder y posesión la finca.

Igualmente el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 diciembre 1964, aunque sostenga léxicamente que contra la presunción de que se ha operado la tradición instrumental sólo puede oponerse que de la misma escritura se deduzca claramente lo

contrario, toma en consideración "por otra parte" que la posesión mediata la tenía el vendedor, quien había dado las fincas en disfrute, poniéndose de relieve así el significado de la posesión mediata.

En relación con la posesión "ad usucapionem" el accipiens se coloca en la posición jurídica de transmitente en el contrato que creó la mediación posesoria. De ahí surgen para él una serie de acciones, que garantizan su posesión, y al extinguirse el título que creó el desdoblamiento de posesiones, como el poseedor inmediato se convierte en poseedor meramente tolerado, cuenta el adquirente con la acción de desahucio para recuperar la cosa.

El adquirente debe además respetar la situación del poseedor inmediato y la usucapión que a él le favorezca no privará a aquél de su derecho.

-335- bbb) Posesión incorporal del despojado

El despojado no quita al despojado la posesión: Se conserva incorporalmente durante un año (art.460,4.). La posesión que se tiene incorporalmente es incluso idónea para la usucapión (art.1944). Por tanto no hay ningún inconveniente en admitir que el poseedor despojado pueda transmitir esa posesión que conserva a través de un medio también idóneo para ello, cual es el otorgamiento de escritura pública.

La escritura confiere al adquirente los efectos de la situación posesoria que aprovecha al tradens. Y concretamente

respecto a la usucapión, le permitirá continuar la de su causante (art.1944 C.c.), o comenzar una nueva, en el mismo concepto en que poseyera su transmitente, si hay lugar a ello. La posesión ad usucapionem así obtenida, tanto sea por continuación de la del causante, como ex novo, sólo se prolonga en el tiempo en tanto no transcurra un año a partir del despojo que originó la espiritualización del corpus. Y en ese período puede producirse con plena eficacia adquisitiva la usucapión, a pesar de que el adquirente no haya tomado contacto material con la cosa.

La posesión incorporal adquirida a través del otorgamiento de escritura pública debe legitimar al accipiens para la interposición de los remedios procesales recuperatorios que correspondieran a su causante (interdicto) o de lo contrario el transmitente queda obligado a prestar su colaboración en la recuperación procedimental del objeto. No hay duda de que si la usucapión se produjera a través de la posesión incorporal, el nuevo titular contaría con la acción reivindicatoria para reclamar la cosa.

-336- ccc) Posesión civilísima

La escritura pública ha de permitir también al heredero transmitir la posesión que tenga, con carácter civilísimo (art. 440, C.c.) sobre determinados bienes de la herencia. El adquirente, en este caso podrá continuar la usucapión del causante (en el mismo concepto), pero es poco probable que pueda por si

iniciar una nueva posesión ad usucapionem, en tanto no tome materialmente posesión de la cosa: la posesión civilísima coloca al heredero en la misma situación posesoria del causante, pero no es capaz de crear, en cuanto tal, una nueva.

El adquirente deberá contar, en virtud de la escritura, con la colaboración del transmitente, para la efectiva corporalización de su posesión.

-337- ddd) Posesión real legítimamente para el desahucio de precario

La LEC. legitima activamente para el juicio de precario, como en los demás desahucios, a "los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o de cualquiera otro que les de derecho a disfrutarla y sus causas habientes" (art.1564 L.E.C.).

La posesión real no es una situación de posesión material, porque la interposición del desahucio trata, precisamente, de obtener el corpus posesorio. Tampoco es técnicamente, un tipo de posesión incorporal. La L.E.C. (art.1564) hace muy dudosa esta significación jurídica (a título de...que de derecho a disfrutarla...) y además comprobamos que en algunos de los supuestos que se ofrecen como de posesión real, pueda no tener el reclamante ninguna clase de posesión (reclamación contra un poseedor sin título) porque el único poseedor sea el desahuciado. En otros supuestos en que se utiliza la acción de desahucio, (así en los de posesión concedida y tolerada), le cabe al desahuciante ser poseedor: pero ello no

porque se trate de una nueva categoría posesoria, sino porque estas situaciones pueden implicar mediación posesoria.

La posesión real, aunque es una materia que no toca directamente a nuestro estudio, parece ofrecerse a nuestra consideración como un mejor derecho a la posesión material de una cosa, derivado de un título. Este mejor derecho puede asociarse a una posesión incorporal (ej. posesión concedida y posesión tolerada) o también darse completamente desligado de especie alguna de posesión incorporal (posesión sin título). La posesión real no tiene que ver con la posesión en el sentido aquí utilizado. 203 bis)

-338- La posesión real y la entrega instrumental

Como la entrega instrumental presupone en el transmitente la posesión, al menos de forma incorporal, y el poseedor real puede no ser poseedor, no es posible, en principio, ligar a su condición la posibilidad de otorgar documento público con efectos traditorios. Por consecuencia, la escritura pública otorgada por él cuando carece de posesión, ni sirve para transmitir el derecho real, ni, por consiguiente, para iniciar la posesión ad usucapionem. Se hace excepción de aquellos casos en que el poseedor real sea además poseedor mediato.

-339- Análisis de los supuestos de posesión real, en relación con el problema que consideramos

1º.- Posesión concedida. En este caso hay un título por

el que se concede la posesión, que, aunque frágil, es suficiente para conferir al concedente la posesión mediata, a través de la cual puede efectuar trasposos posesorios por virtud de la escritura.

22.- Posesión tolerada: Es una posesión sin un especial título cualificador, pero que no se disfruta en concepto de dueño (no opuesta al concedente) y que por consiguiente no afecta a la del concedente (art. 444 y 1942). En la posesión tolerada hemos de ver una situación de mediación posesoria impuesta por el Derecho, válida para la tradición instrumental.

32.- Posesión sin título: En la mayoría de los casos la posesión de este mal llamado precarista será pro suo e incompatible con la pretendida, por lo que no aprovecha para nada al mal llamado poseedor real, el cual, aun tenido título, carece de todo tipo de posesión: En otro caso no sería posible la usucapión extraordinaria, pues el verdadero poseedor sería el poseedor real, que es el que además tiene título.

-340-; Efectos del otorgamiento del documento público por el llamado poseedor real

Por carecer el poseedor real de posesión natural, los efectos del otorgamiento del documento público se restringen, tan sólo, a dotar al adquirente de un título que, por darle derecho a la cosa y ser mejor que el del llamado precarista, le legitima para la interposición del desahucio de precario. Ello no prejuzga ni implica la transmisión del derecho real,

que no puede operarse en tanto no medie la entrega.

Con el otorgamiento de la escritura el transmitente ha prestado su consentimiento a la entrega. Ella no se ha producido, pero si el adquirente, por resultar victorioso en el desahucio de precario, obtiene la cosa, esta toma de posesión unida al consentimiento que, referido a la entrega, se contiene en la escritura, equivale a la misma entrega de la cosa, con sus consiguientes efectos: Posible transmisión del derecho real; iniciación de la posesión ad usucapionem.

Es muy importante que se distingan bien los dos órdenes de efectos del otorgamiento de la escritura, a saber: Los relacionados con la legitimación para el desahucio de precario y los referidos a la tradición. Así se ha de comprender mejor la jurisprudencia.

-341-b) Forma de transmitirse la posesión a través de la escritura pública

El efecto traditorio de la escritura pública se opera como resultado de una cláusula de constituto, que al convertirse por la práctica del siglo pasado en cláusula de estilo, fué incorporada por el Código Civil al otorgamiento del documento. Como efecto de ella, la transmisión de la posesión se produce por la interversión de la posesión del tradens.

Cuando el constituto no se pacta con una específica causa de retención de la posesión (ej. arrendamiento, usufructo, habitación) y por tanto no hay un título que cualifique la posesión intervertida del tradens, la retención se hará bajo el con

cepto de posesión meramente tolerada. Es esto precisamente lo que ocurre con el otorgamiento de la escritura pública: Este acto no implica una causa específica de retención, si no la retención por mera tolerancia. Por esto, frente al transmitente, el adquirente, se convierte en poseedor mediató.

A consecuencia de la tradición instrumental tradens y accipiens adquieren una nueva posesión. La interversión en la posesión de aquél potencia la adquisición de éste. Además la escritura configurará continuamente esta situación, lo que implica, en primer lugar, que la interversión y consecuente cesión de posesión se han producido, con independencia de animus no exteriorizado del tradens y en segundo lugar que se ha de entender, respecto a la nueva situación, que el tradens continúa disfrutando de la posesión en el mismo concepto en que la ha adquirido, en tanto no se pruebe una nueva interversión: El transcurso del tiempo no afecta a esta situación.

Con respecto a la usucapión, podrá iniciarse y continuar tras el otorgamiento de la escritura, pues con ella la entrega queda hecha aunque después el transmitente se niegue a dar la cosa, o disponga de ella por sí mismo: Tal comportamiento deberá valorarse como una interversión contraria a la operada por la escritura. Así lo entendió también el Tribunal Supremo en sentencia de 23, mayo 1952, aunque con otros razonamientos.

-342- c) Límites al efecto de cesión de posesión producido por la escritura pública

El Código Civil, señala un límite: Si de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario (art.1462, II). La cláusula de constituto que incorpora la escritura no ha dejado de ser voluntaria y, precisamente por eso, deja de existir en cuanto las partes pacten otra cosa.

Es requisito necesario en la letra del artículo 1462,II, que esta voluntad contraria sea recogida en la propia escritura, mas ello ha sido entendido por el Tribunal Supremo, con ciertas limitaciones respecto a las partes (S.25, abril, 1949). En cambio frente a tercero: los pactos contrarios al efecto de entrega de la escritura no tendrán valor, salvo que se demuestre que le eran conocidos.

-343- d. . Doctrina del Tribunal Supremo

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se ha mostrado partidaria, en general, de la transmisión de la posesión a través del otorgamiento de la escritura pública. Las múltiples cuestiones sometidas al criterio de nuestro Alto Tribunal son, a su vez, un repertorio de soluciones emitidas, dignas siempre de ser tomadas en consideración.

El Código Civil, y sus antecedentes históricos no permiten extender al documento privado el valor traditorio que acompaña a la escritura pública. El Tribunal Supremo ha sido también de este parecer, pero resulta chocante la sentencia de

19, diciembre de 1924, a tenor de la cual "debe considerarse al acto de suscribirlo (documento privado) tradición simbólica suficiente para estimar entregado el derecho que se enajenaba, porque existe identidad de razón legal en que se funda el artículo 1462 C.c. respecto a la escritura. El criterio de esta sentencia queda desmentido en otras: "... los documentos privados si en ellos no consta la entrega, no justifican la transmisión material..." (S.24,diciembre,de 1929); no se reconoce alcance de entrega de una partida de corcho vendida, al documento privado en que se hizo el pacto (S. 4 junio,1927). Está fuera de toda duda que el documento privado no hace las veces de entrega.

La técnica que se sigue en la tradición instrumental es destacada en la sentencia de 23 mayo 1952 en la que el actor, en juicio de tercería de dominio, reclamaba la propiedad de unos carbones que vendió al ejecutado. En esta venta, realizada mediante escritura pública, se plantea la cuestión de si hubo entrega, hecho que paralizaría la reclamación del actor. En la escritura se pactó que el vendedor tenía la obligación de conservar el carbón para el comprador, hasta que éste lo retirase y como el vendedor incumpliera la obligación reclamada de entregar el carbón, reteniéndolo indebidamente, cuando le fué pedido se plantea con mayor fuerza el valor que conserva la escritura como medio de entrega. El Tribunal Supremo entendió que hubo entrega: La entrega se operó por la escritura y por el acuerdo de los contratantes (cuarto considerando); por su virtualidad dejó el vendedor de ser dueño

"correspondiéndole únicamente una tenencia material mientras el comprador no retira las cantidades de carbón convenidas" (tercer considerando). Una vez sucedido esto, el vendedor no puede, al negarse a la entrega del carbón, extraer provecho, fundando un derecho en el incumplimiento de su obligación, "utilizando una situación ilegal por él creada". Aquí los razonamientos del Tribunal Supremo siguen esta pauta: Una vez ejecutada la entrega se transmite el derecho, aunque con posterioridad el tradens se niegue a dar al accipiens acceso a la cosa. Este comportamiento podría valorarse, al parecer, como tendente a la interversión del concepto en que se retenía la posesión, que era el de posesión en nombre ajeno.

El ámbito de aplicación de la entrega instrumental excede al contrato de compraventa y se refiere "a todos los contratos en que se establezcan cambios de cosa y precio", advirtiéndose que la posesión ficta, sin necesidad de esperar la tradición material, produce los mismos inmediatos efectos que ésta (S.16, octubre, 1916). Y por equivaler la escritura a la entrega reconoce la sentencia de 24 febrero 1909 que la venta de la herencia o parte de ella, celebrada en escritura pública, sirve para consumir el contrato.

La tradición instrumental es entendida por la jurisprudencia como un medio de lograr la transmisión del derecho real, a través del traspaso posesorio. Consecuencia de este postulado, puesto que al transmitir la posesión es preciso tenerla, se insiste en la necesidad de que el tradens sea poseedor de la cosa.

El tradens ha de ser poseedor (S.29, mayo, 1906), aunque al propio tiempo se califique a la entrega instrumental de ficción legal (S.12, abril, 1890); se admite que su posesión quede suplida por la presunción del artículo 38 de la L.H. (S.28, febrero, 1957). El contrato de arrendamiento y la posesión del arrendatario no priva al arrendador de su situación posesoria mediata, pues las posesiones de ambos no son incompatibles (com.art.445 C.c.). Por ello la escritura otorgada por el arrendador, en calidad de tradens tiene virtualidad para transmitir la posesión (S.17, diciembre, 1948). En la sentencia de 2, abril, 1958, Primus vende a Secundus unas máquinas, por medio de escritura pública celebrada en 21 de octubre de 1945. En esta escritura se establece la siguiente cláusula: "El comprador entra en poder y posesión de cuanto adquiere por el solo hecho de este otorgamiento, y el vendedor queda obligado a la evicción y saneamiento, con arreglo a Derecho. Secundus da en arrendamiento a Primus las máquinas y motores reseñados... por plazo de tres meses contados desde hoy..." Secundus vende a Tertius en 9 mayo de 1945, también por escritura pública, los mismos bienes, pactándose: "Entendiéndose tomada la posesión de lo vendido por el comprador por el solo hecho de este otorgamiento y sin necesidad de ningún otro acto ni diligencia". Tertius, basándose en esa compra, interpone demanda de tercería en la ejecución que sobre dichos bienes practican los acreedores de Primus. Su demanda no prospera, porque en el momento de efectuarse su adquisición, Secundus no era poseedor mediato de la cosa, por no estar en vigor

la relación arrendaticia, y seguir teniendo las máquinas Primus. La tradición instrumental no se ha producido, pese a la cláusula de carácter dispositivo pactada en la escritura, por carecer el tradens (Secundus) de cualquier tipo de posesión. Este criterio de la sentencia de 2, abril, 1958, parece demasiado estricto, pues el Tribunal Supremo ha entendido en otras ocasiones que la decadencia del título en el poseedor inferior, no favorece a éste con una posesión en nombre propio.

La jurisprudencia ha ampliado enormemente los tipos de posesión del tradens, suficientes para el traspaso posesorio. Por este camino ha sido por donde el T.S. se ha aproximado a la interpretación de LACRUZ. Para la efectividad de la escritura pública basta la posesión del que tiene una cosa, poseída materialmente por un tercero, que no presenta título "justificado" de su propiedad (aunque haya podido poseer en concepto de dueño, aún no prescribió), lo que supone la mera tolerancia del vendedor.²⁰⁴⁾ (S.21 diciembre 1905). El tercero es aquí un precarista a efectos del juicio de desahucio y el vendedor es poseedor real a los mismos efectos. Quizá por confundirse al precarista del desahucio con el que posee por mera tolerancia (art. 444 y 1942), se puede llegar a entender en este caso que el transmitente no se vió afectado en su posesión.

La misma idea se reitera en S.22-III-1952 cuya doctrina es que la tradición instrumental produce efectos traslativos cuando un tercero posee la cosa en concepto de precarista,

por no haber probado cuál era el concepto en que poseía.²⁰⁵⁾ Subrayemos una diferencia entre ésta y la sentencia anterior en cuanto a la manera de entenderse el concepto de precarista. En aquella lo es, quien no prueba su título de propiedad, en ésta, quien^{no} prueba el concepto posesorio en que posee en nombre propio.

La sentencia de 20 de enero de 1912 no arroja un criete rio claro acerca de la necesidad de la posesión del tradens, pues aunque el recurrente alegara que éste no era poseedor, el Tribunal Supremo al admitir la operatividad traditoria de la escritura, pudo hacerlo, entendiendo que esa falta de posesión alegada no estaba probada. Igualmente la sentencia de 30 de septiembre de 1964, que advierte que contra la presunción de que se ha operado la traditio instrumental, sólo pue de oponerse que de la misma escritura se deduce claramente lo contrario, toma en consideración, "por otra parte", que el ven dedor tenía la posesión mediata de las fincas vendidas, al ha berlas dado en disfrute.

"Si bien por regla general debe reputarse para los efectos del desahucio como poseedor de hecho al que compra mediante escritura pública, esta presunción cede ante la prueba en contrario" (S.10, noviembre de 1903).

El otorgamiento de la escritura no implica, indefectiblemente, la transmisión de la posesión. Pero hasta que se demuestre lo contrario es presumible que la entrega se ha efectuado. Por eso de la escritura, aun en los casos en que no sea poseedor el tradens, surge, al menos, la presunción de entrega, que

es preciso destruir.

"La presunción que establece el artículo 1462 del C.c.... no excluye el que por otros medios se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición ficta tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada" (S.22, enero, 1930). "La presunción preceptuada en los artículos 1462... es susceptible de prueba en contrario" (S.25, abril, 1930).

El tipo de posesión transmitida puede resultar restringida por el título, y en todo caso guarda íntima relación con él. La ausencia de título parece impedir la virtualidad de la entrega instrumental, en la sentencia de 6, julio de 1954. El contrato de permuta de seis vacas por unas fincas, había sido declarado inexistente por la Audiencia: Se trataba de un negocio simulado. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación: "Este precepto (el 1462, II) en el que por tratar se de una entrega simbólica ya se prevé el caso de que de la misma escritura se deduzca que no se ha realizado tal entrega, no ha dejado de aplicarse en la sentencia recurrida... aunque del examen de dicho documento el Tribunal de instancia haya deducido lo contrario de lo sostenido en el recurso".

El error sobre el alcance de la transmisión, unido al hecho de que el enajenante continuara en posesión durante siete años (hasta el litigio) se tienen en cuenta al considerar que la escritura no ha tenido valor de entrega (S.19, enero, 1957).

En otro caso contemplado por el Tribunal Supremo, aparecía pactado un plazo para la entrega de la cosa en la escritura pública, por lo cual no se consideró a la misma como equivalente a la cesión de posesión: El plazo suponía haber pactado otra cosa (S.18, enero, 1929).

La retención del usufructo de la cosa vendida por medio de escritura pública "ofrece nueva base contractual para estimar verdadera la traslación del dominio de las fincas a los compradores, pues aunque el vendedor conservara sobre ellas el derecho de usufructo, perdió la facultad de disponer y los compradores adquirieron con carácter irrevocable la nuda propiedad". Los actos realizados por el vendedor, en calidad de arrendador, con posterioridad a la escritura de venta, caen dentro de las facultades del usufructuario (S.20, febrero, 1943).

A propósito de la retención del derecho de habitación: "En principio según lo preceptuado en el artículo 1462 del Código Civil, la venta por escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, tal norma carece de aplicación cuando como acontece en este caso se infiere que el adquirente no tomó posesión del inmueble transmitido (se refiere a la posesión real a efectos de la interposición del desahucio de precario) por haberse reservado el vendedor el derecho real de habitación" (9, junio, 1954).

Contra la virtualidad traditoria de la escritura pública el Código Civil admite pacto contrario (art.1462,II). El Tribunal Supremo no puede menos que reconocer también esa fuerza

al convenio que restringe la eficacia de la escritura: "...Se gún el artículo 1464, relacionado con el 1462 del Código Civil, el otorgamiento de escritura de venta confiere al comprador la posesión de la cosa vendida, si otro pacto en contrario no se hace constar o se deduce del documento de adquisición" (S. 23, noviembre, 1917).

La jurisprudencia plantea, en relación con el Código un interrogante: ¿El pacto ha de constar en la escritura? ¿Es válido el que se recoge en documento privado? La misma sentencia a que acabamos de referirnos de 23, noviembre, 1917, parece tener en cuenta los documentos privados que mediaron entre las partes, para llegar a la conclusión de que ninguno de ellos neutraliza la eficacia de la escritura.

De mayor interés resulta la sentencia de 25, abril, 1949. A. pretende vender a B, unas fincas que formaban parte de una hacienda, exceptuando de la venta a cuatro de ellas. Como el acreedor hipotecario de A, se opone a la exclusión de esas cuatro fincas, A, y B, para lograr sus propósitos otorgan escritura de venta de la totalidad de la mencionada hacienda y un documento privado en el que se hace constar: "que A, no se interrumpía en la posesión de tales fincas en las cuales no había llegado a entrar B, más que en la forma simbólica del otorgamiento de escritura pública". B, intenta retener todas las fincas de la heredad, pero el Tribunal Supremo reconoce en A, el dominio de las cuatro fincas excluidas, cuando éste las reclama de B, (no ha lugar). La doctrina de nuestro Tribunal Supre-

mo se contiene en estos términos: "La tradición instrumental.. no es sino presunción combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica, y que habiendo de prevalecer en favor de terceros si de la escritura no resulta con claridad contrariada, ha de ceder respecto a los contratantes que fuera de aquella tengan reconocida o concertada su falta de realidad". Esta solución es muy ponderada. Es justamente la vía media para encontrar una armonización entre la exigencia de que conste en la escritura la limitación a su eficacia traditoria (art.1462, II) y la necesidad de valorar la voluntad en el terreno contractual, por encima de la forma (art.1278).

El accipiens, tras el otorgamiento de la escritura pública queda legitimado para la interposición del desahucio de precario (S.24, mayo,1941; y 12 de noviembre de 1947; 2,julio, 1925). El mismo criterio se reitera en S.25 octubre,1923: La transmisión de dominio por escritura pública confiereal adquierente la posesión real del objeto con respecto a un contrato de arrendamiento antes celebrado y en adelante no puede desahuciar sino el adquirente. En otro pronunciamiento no se atribuye al adquirente por escritura legitimación activa para el desahucio de precario contra un tercero que ocupa la cosa, Se niega esta legitimación por los términos en que se había redactado la cláusula de constituto abstracto contenida en la escritura:... "prometiéndole... entregarle la posesión real y efectiva de las mismas (al comprador), y constituyéndo a la Sociedad vendedora, interim poseedora en su nombre..."(S.28, junio,1921).

El tradens por efecto de la escritura se convierte en poseedor precario: "le facultan (al accipiens) para que de su propia autoridad pueda tomarla y retener, constituyéndose en el interim (el tradens) poseedor en su nombre", decía la cláusula del convenio que dió origen al litigio contemplado por la sentencia de 2, julio, 1925. En el fallo de 9, enero, 1941 se advierte que "si los vendedores, no obstante la existencia del contrato y con posterioridad a su celebración, continuaron ocupando el inmueble por tolerancia del comprador, sin pagar merced... es indudable que tienen la condición de precaristas". Esta noción del precario es a efectos procesales, pero no hay inconveniente en reconocer que también a efectos de la usucapión se convierte en poseedor meramente tolerado, por la objetiva influencia del título.

En otras sentencias se reconoce igualmente de la escritura como forma de entrega (S.24, noviembre, 1914; 10, abril, 1928; 1, diciembre, 1959; 1, junio, 1948).

La posesión obtenida por el adquirente por el doble juego del artículo 1462 C.c. y 41 de la L.H. de 1909 se califica de posesión civilísima (S.23, febrero, 1951). Si los compradores vuelven a enajenar, los adquirentes obtienen dicha posesión aunque no se hallasen en la tenencia de los predios al iniciarse el litigio. En la sentencia de 31 marzo de 1964 se trataba de un caso de doble venta con escritura pública. El demandado había adquirido la posesión de hecho pero su contrato era nulo. Este hecho recorta ya el alcance de la afirmación del Tribunal Supremo: La escritura pública hace las veces de entrega y al

adquirente inviste de la posesión, y si los inmuebles "son objeto de subsiguiente transmisión por otra escritura pública igualmente transfiere la posesión a los nuevos adquirentes, aún admitiendo que al iniciarse el litigio no se hallaren en la tenencia material de las fincas".

-344- 4.- Entrega por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes

Es otra forma de entrega basada en el consentimiento descrita por el Código Civil en estos términos: "...por el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes". Su eficacia jurídica requiere ciertas circunstancias. Está reservada a los casos en que "la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya por algún otro motivo" (art.1463 C.c.).

Se contemplan dos supuestos: Si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador y si ésta la tenía ya en su poder por otro motivo.

-345- a) Imposibilidad de trasladar la cosa vendida a poder del comprador

La forma de entrega así descrita, proveniente del derecho francés, comprende y en parte excede al constituto posesorio. Del Código francés pasó a nuestros Proyectos de 1851 y 1882, de donde se recoge en el Código Civil. Este origen es muy significativo, y puede descubrirnos su carácter. Ni en el Proyecto de 1851, ni en el Código francés, que siguen el sistema de

transmisión por el solo consentimiento, podía esta forma -
disociarse de la transmisión de la posesión del objeto trans-
mitido.

Lo mismo que a propósito de la entrega instrumental, al
gunos de nuestros autores han sostenido que aquí son inclui-
bles "aquellos supuestos en que el vendedor no tiene la po-
sesión de la cosa que vende, no siendo posible, por tanto;
ningún acto material de entrega" (LACRUZ).²⁰⁶⁾ Paralela orien-
tación sigue ALBALADEJO.²⁰⁷⁾

Razones semejantes a las que a propósito de la entrega
instrumental no-s hacían poner en duda esta dirección, nos
imponen de nuevo cierta actitud de desconfianza. Porque tan-
to en aquel como en este caso es idéntica la forma de produ-
cirse la cesión de posesión: El consentimiento, manifestado
directamente o por el otorgamiento del documento que se diri-
ge a la transmisión de la posesión.

Siguiendo los pasos de la doctrina alemana, PEREZ GONZA-
LEZ y ALGUER, contemplan en este artículo un caso de transmi-
sión de la posesión por negocio jurídico, específicamente en
caminado a la consecución de este efecto.²⁰⁸⁾ Tal califica-
ción influye en la capacidad de las partes y la nulidad del
convenio impide que la posesión se transmita.²⁰⁹⁾

-346- Caracteres del acuerdo

El acuerdo a que se refiere el artículo 1463 reúne la do-
ble condición de ser posesorio y causal.

No estamos ante un modo transmisivo que opere su eficacia al margen de la posesión, pues como hemos intentado destacar a propósito de la entrega instrumental, sigue vigente en nuestro Derecho el principio de que la tradición tiene un sentido netamente posesorio, y ella es necesaria en las transacciones mediante contrato.

Por otra parte, el carácter consensual de esta forma de entrega no debe hacernos perder de vista su sentido causal. No estamos ante un negocio jurídico de carácter independiente, sino ante una forma peculiar de efectuar la entrega.

-347- Sus requisitos

Del Código Civil y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo resultan exigibles tres requisitos: Imposibilidad de trasladar la cosa, acuerdo de las partes, disponibilidad de la cosa para el accipiens.

aa) Imposibilidad de trasladar la cosa

El Tribunal Supremo ha entendido en un doble sentido la imposibilidad de trasladar la cosa que describe el Código Civil: Como imposibilidad material y como imposibilidad jurídica, derivada, ésta, de un vínculo contractual a favor del tradens que le permite la retención de la cosa (S.2, abril, de 1957).

Parece que el artículo 1463 contempla ante todo la imposibilidad material.. La jurisprudencia parte de que no sea factible el traslado material de los bienes (cfr.S.2, abril, 1957),

pero es flexible al considerar los múltiples factores de los que ésta puede provenir: Los que derivan del carácter de la mercancía (una importante partida de madera en la S.4, diciembre, 1956), celebración del contrato en lugar diferente de don de se encuentra la mercancía (S.15, abril, 1947).

Podemos pues concluir: Si no existe imposibilidad material de trasladar la cosa no es posible que las partes puedan, arbitrariamente, emplear esta forma de entrega; pero la imposibilidad, como ha hecho el Tribunal Supremo, puede entenderse en sentido amplio.

La imposibilidad jurídica, exige que se haya pactado una causa de retención de la cosa basada en la libertad de pactos, como advierte la sentencia de 15, enero, 1904: "Considerando que en términos generales no existe disposición legal alguna que prohíba al vendedor continuar con anuencia del comprador, en la posesión de los bienes enajenados, ya que las partes contratantes pueden establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes, no siendo contrarios a las leyes, a la moral o al orden público"..

Junto a los casos en que la imposibilidad deriva de haberse pactado entre tradens y accipiens un título que autoriza a aquél a retener la cosa en nombre propio (ej. arrendamiento, usufructo: S.20, diciembre, 1899), existen otros en que la imposibilidad deriva de ser el tradens sólo poseedor mediato de la cosa, a los cuales tal vez pudiera extenderse esta forma de entrega.

La imposibilidad del traslado, parece, debe estar basada en alguna causa jurídica de retención que imposibilite la entrega material de la cosa. Esto indica que el constituto debe ser causal, expresando un motivo jurídico de retención. Si no se fijase este motivo, cabría considerar a la posesión retenida como meramente tolerada; pero no basta, porque se exige la imposibilidad del traslado (art.1463) y la mera tolerancia, ni puede ser causa de retención, ni imposibilita el traslado.

Además de a la posesión mediata, ya considerada, sería útil poder extender esta forma de entrega a otros supuestos de posesión espiritualizada (posesión civilísima, posesión del despojado). En estos casos el acuerdo serviría para traspasar al accipiens la misma situación posesoria del tradens, que por sus características, no puede transmitirse corporalmente.

-348- bb) Mutuo acuerdo de las partes

Este acuerdo ha de estar referido, en todo caso, a la transmisión de la posesión de la cosa. Cuando se produzca en un caso de imposibilidad material de trasladar la cosa, intervierte el concepto en que se retiene la posesión, sin que sea preciso fijar una causa de retención concreta, porque esta forma de entrega se justifica por los obstáculos opuestos a la cesión material. Por eso el concepto en que el tradens retendrá la cosa carece de una especial cualificación jurídica. No es una posesión en nombre propio, ni por licencia (art.

1942). Es una posesión tolerada por el adquirente.

El pacto debe fijar, en cambio, la especial causa de retención pactada entre las partes, cuando se trate de imposibilidad jurídica de transmitir la posesión de la cosa. Esta causa crea, a su vez, la imposibilidad de verificar la entrega material.

-349- cc) Disponibilidad de la cosa

Conviene distinguir, en primer término, el constituto posesorio, de la entrega por la puesta a disposición, forma de entregar los objetos vendidos propia del Derecho Mercantil, (art.339 C. de C.). "El constituto" supone un pacto bilateral, que trae por consecuencia la disponibilidad del objeto a favor del accipiens. La puesta a disposición es un acto unilateral del transmitente que por su carácter debe ser persistente en el tiempo. Ejemplos de ésta encontramos en la S.17, junio, 1912, y 4 junio, 1928.

No vamos a referirnos a la disponibilidad de la cosa que ha de tener, por ser poseedor, quien pretenda transmitir a través del constituto posesorio. Cuando hablamos de la tradición instrumental dejamos también sentado que es necesaria para su operatividad, la previa existencia de posesión en el tradens; las razones allí empleadas son también aquí válidas. En este lugar aludimos a la continuada disponibilidad de la cosa que permanece en poder del tradens después del acuerdo.

El Tribunal Supremo ha señalado la necesidad de que la cosa esté efectivamente a disposición de los adquirentes, du-

rante todo el tiempo que permanezca en poder del tradens. Se puede retirar en cualquier momento sin que se encuentre oposición para ello.

En la venta de una partida de madera advierte el Tribunal Supremo que "...si bien la mercancía se puso en forma simbólica a disposición del comprador, dejó de estarlo por actos propios del vendedor recufrente, que constituyen un obstáculo para esta libre disposición, teniendo en cuenta que la mercancía no había sido transportada del mismo lugar en que se encontraba en poder del vendedor, y que tales actos de obstáculo real por parte de éste que desvirtúan las consecuencias de la entrega simbólica es preciso deducirlos del hecho de haber exigido como pago de la mercancía un precio superior no justificado, cuyo extremo... debía ser resuelto previamente" (S.4,diciembre,1956).

En el caso contemplado por la sentencia de 2,abril,1957 se estipuló en la escritura de venta que por su mero otorgamiento el comprador entraba en posesión de lo vendido, estipulación que se calificó, no de carácter confesorio o testimonial, sino de carácter dispositivo. Respecto a ella: "Es indudable que no puede bastar por sí sola... para dar lugar a la tradición, sino que ha de requerirse, además, que, resulte debidamente comprobado que la cosa vendida se hallaba en posesión del vendedor y a su disposición en el momento de la venta". Nos referimos aquí a esta sentencia, porque aunque en el caso medió escritura pública, los argumentos del Tribunal Supremo se centran en el acuerdo traditorio.

Con respecto a la cláusula de constituto posesorio, puede inferirse de la sentencia de 2, abril, 1957 que cuando la causa de retención pactada (ej. arrendamiento) deja de existir, el poseedor mediato pierde su posesión.

Frente a esta orientación jurisprudencial es conveniente fijar algunas precisiones en los conceptos: Tratándose del constituto posesorio, y no de entrega por puesta a disposición de la cosa (art. 339 C. de C.). Una vez que por virtud del acuerdo entre los poseedores se ha producido la interversión del concepto en que el tradens retenía la posesión de la cosa, ha de entenderse que tal concepto permanece, hasta que no se demuestre otra cosa. Para que se opere nuevo cambio es necesario que haya interversión de la posesión. La nueva posesión que así se inicie no puede retrotraer su eficacia al instante de la entrega, lo que implica, por consecuencia, que se ha de reconocer efectuada la transmisión del derecho real.

-350- b) La cosa vendida estaba ya en poder del comprador por algún otro motivo

A través de esta fórmula se incorpora a nuestro Derecho la entrega "brevi manu", que resulta conocida en el Derecho romano clásico (210) El Código francés dió un fundamento común a esta y a la anterior forma de entrega: el consentimiento (art. 1606 C.c. francés), bajo el cual pasa también a nuestro Código Civil (art. 1463).

Los requisitos son dos: Que la cosa esté en poder del comprador y que exista acuerdo de las partes. La permanencia de la cosa en poder del comprador, antes de la entrega, exige la previa tenencia de la cosa bajo un concepto diferente de aquel en que se va a adquirir la cosa. El acuerdo transmisivo que implica la entrega brevi manu, es un acuerdo distinto del contractual. Este contempla la obligación de entrega, aquél la efectúa: Aprovechándose de que la cosa estaba en poder del accipiens se amplía el concepto de esa posesión hasta referirlo al derecho transmitido.

La eficacia de esta forma de transmitir la posesión se debe a la interversión del concepto, que se opera en la posesión del accipiens. El Tribunal Supremo ha reconocido que en este caso "se hace innecesaria la entrega material de la cosa vendida" (S.28, diciembre, 1895).

-351- 5.- El uso consentido

Se regula para la entrega de los bienes incorporales, pero puede ampliarse a todos los bienes en general. En este caso se entenderá por entrega: "El uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor".

El poder sobre la cosa y la voluntad de ejercitarlo que tiene el adquirente, es anterior a la entrega. La ratificación de esta actuación, por el tradens, produce un cambio en la forma de adquisición del poder: de ocupación a cesión

de posesión. Antes de la ratificación se ejerce la posesión por ocupación. Después por entrega.

Parece posible pensar que la ratificación del tradens favorece al accipiens desde el comienzo de su posesión, fecha a la que se retrotrae el cambio en la forma adquisitiva. Los vicios posesorios se subsanan desde ese momento.

-352- 6.- Autorización de ingreso

Esta forma, antes de tomar efectivamente el poder sobre la cosa, favorece la adquisición del accipiens, si la cosa se encuentra a su alcance y el tradens era poseedor material. Se acerca a la puesta a disposición del Derecho mercantil.

- - - - 0 o 0 - - - -

Parte Segunda

Capítulo Segundo

Límites de la posesión ad usucapionem

Parte Segunda

Capítulo Segundo

Límites de la posesión ad usucapionem

I.- Introducción

-353- Límites que vamos a considerar

El límite natural de la posesión ad usucapionem es el transcurso del tiempo necesario para completar la usucapión (arts.1955, 1957,1959 C.c..). Después de este momento, atribuida la titularidad del derecho, la posesión se transforma en legítimo ejercicio de las facultades inherentes a la titularidad del derecho subjetivo adquirido.¹⁾

Más los límites que van a ser objeto de nuestro estudio son aquellos que implican un corte en la posesión, producido con anterioridad del término de la usucapión.

-354- La posesión que conduce a la usucapión ha de ser "no interrumpida".

El Código Civil exige, para que la posesión sea apta para la usucapión, que no esté interrumpida: El carácter de posesión "no interrumpida" se impone en general en el artículo 1941 y se reitera en otros, destinados a indicar los plazos de usucapión (art.1955,1959), C.c.).²⁾

Correspondiéndose con los diferentes tipos de posesión (posesión interdictal, posesión que atribuye los frutos, posesión "ad usucapionem") existen específicas causas de pérdida, en parte coincidentes y en parte propias de cada uno de ellos. Por lo que se refiere el cese de la posesión "ad usucapionem" se regula en los artículos 1943 a 1948 del Código, denominándose interrupción de la posesión. Mas como el mismo término interrupción, se emplea también referido al cese en la posesión que conduce a la adquisición de los frutos (art.451), para evitar posibles equívocos, especifica el Código los efectos: "para los efectos de la prescripción" (art.1943 C.c.).

-355- Interrupción de la prescripción e interrupción de la posesión

El Código Civil francés, importante modelo del nuestro, estudia esta materia bajo el enunciado: "Des causes qui interrompent... le cours de la prescription" (arts.2242 a 2250). De la misma manera el antiguo Código Civil italiano comenzaba el capítulo bajo este epígrafe: "Delle cause per cui si interrompe la prescrizione" (art.2.123 a 2132). El nuestro, con un tratamiento distinto, considera aisladamente la interrupción de la prescripción adquisitiva, bajo la denominación de interrupción de la posesión para los efectos de la prescripción (art.1943).³⁾

-356- Falta de continuidad e interrupción de la posesión

El Código francés exigía en la prescripción adquisitiva "posesión continua y no interrumpida..." (art.2229). Estos requisitos que, según BARASSI, pueden en él identificarse, apare-

cen más claramente separados, para este mismo autor, en el Código Civil italiano derogado: "La posesión es legítima cuando sea continúa, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con ánimo de tener la cosa como propia" (art.686). Sobre esta base la doctrina elaboró junto al concepto de interrupción el de discontinuidad, cifrando ésta en pausas en el normal ejercicio de la posesión, provenientes del mismo poseedor.⁴⁾

Nuestro Código Civil no recoge tal distinción. Silencia la continuidad; sólo considera la "no interrupción".

"La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida" (art.1941 C.c.).

Son perceptibles las huellas de la doctrina que le precedió, que identificaba posesión continua y no interrumpida,⁵⁾

-357- Tratamiento sistemático de las cuestiones relacionadas con la continuidad de la posesión.

¿Cómo deben tratarse en nuestro Derecho las cuestiones relacionadas con lo que la doctrina extranjera ha denominado continuidad de la posesión?

No creemos que deba aumentarse el número, taxativo, de requisitos de la posesión "ad usucapionem", enumerados en el artículo 1941 del Código Civil. La continuidad de la posesión no es una cualidad sobreañadida a la misma, sino lo que hace que un contacto fáctico con una cosa pueda ser calificado de posesorio. Sin continuidad la posesión no existe, a no ser que las pausas

estén previstas por el Código dentro de la "espiritualización posesoria".

Por todo ello no se puede considerar a la continuidad, como un requisito independiente y específicamente relacionado con la posesión idonea para usucapir; su estudio queda comprendido en el que se hace a propósito del corpus possessionis.

-358- II.- Tipos de interrupción de la posesión

El Código Civil clasifica las formas de interrumpirse la posesión en naturales y civiles (art.1943 C.c.) y con arreglo a estos dos grupos desarrolla la regulación positiva de la materia (arts.1944 ss)- La distinción, de indudable sabor escolástico, fué introducida por los canonistas según informa BUSSI y sucesivamente acogida por los autores. Para nosotros, merece el respeto que se debe a un texto positivo; y aunque se haya afirmado que "la ley no deduce de la distinción ninguna diversidad de consecuencias",⁶⁾ no la juzgamos del todo inútil.

Históricamente se ha valorado diversamente según épocas y autores, pero omitiremos en este trabajo estudiarla desde esta perspectiva, de escasa utilidad actual.

-359- Nuestros antecedentes doctrinales

Antes del Código Civil⁷⁾ fue insistentemente utilizada por nuestra doctrina la distinción entre interrupción natural y civil, lo que demuestra su particular arraigo en nuestro Derecho.

"Interruptio dupliciter fit; naturaliter et civiliter. Naturaliter interruptitur, cum cessat possessio", indicaba Antonio GOMEZ,⁸⁾ sus palabras sintetizan la opinión de otros muchos autores (SALA; ESCRICHE; FERRERO-GARCIA IGOYENA- AGUIRRE-MONTALBAN; GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN).⁹⁾ La opinión de GOMEZ y sus seguidores no es unánime: LLAMAS MOLINA consideró que también se interrumpe naturalmente la posesión cuando se cesa en la buena fe o en el título, pero su criterio fué excepcional.¹⁰⁾

, La intelección de la interrupción civil está, por su propia índole, más dificultada. Los autores, en muchos casos, describen las causas que la producen, sin pararse a dar una razón de ella: (SLA; FERRERO-GARCIA GOYENA-AGUIRRE-MONTALBAN; GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN; GUTIERREZ).¹¹⁾ ESCRICHE la explica porque constituye al poseedor en mala fe, por darle a conocer que la cosa no le pertenece.¹²⁾

Parece claro, a la vista de estas opiniones entresacadas de la doctrina que precedió al Código Civil, que las formas de interrupción natural y civil aluden a dos modos, bien distintos, de producirse la interrupción de la posesión.

-360- Referencia de la interrupción civil a la posesión

Los calificativos, natural y civil, utilizados en otros sectores del Derecho¹³⁾ toman en contacto con cada una de las parcelas en que se aplican, un sentido peculiar.

Ni el propio Código, ni la doctrina, ponen en duda que la interrupción natural es un cese en la posesión (art.1944); mas respecto a la civil surgen dudas. Nuestro Código en los artículos 1945 y 1947 la sitúa en la citación judicial y el acto de conciliación. Ello no impide que estos actos afecten a la posesión, aunque de otra manera que en la interrupción natural. Por otra parte el precepto más decisivo en la materia es el 1943, en el cual, decididamente, se considera a la interrupción civil como interrupción de la posesión:

"La posesión se interrumpe para los efectos de la prescripción... civilmente".

No queda lugar a dudas, la interrupción civil afecta directamente a la posesión "ad usucapionem". Lo comprobaremos, además, a lo largo de nuestra exposición.

Sin embargo la doctrina ha acusado una cierta tendencia a considerar a la interrupción civil como la interrupción de la usucapión y no de la posesión. GENTILE ha señalado cómo la interrupción natural y la civil son fenómenos distintos. En la civil, "la interrupción incide sólo sobre el cómputo del término (que reemprende su curso ex novo), pero no elimina la posesión, que continúa para cualquier otro efecto".¹⁴⁾

Esta dirección, sin embargo, no la consideramos encajable en nuestro Derecho, aunque ello no prejuzgue su utilidad para el francés o italiano, por la postura, distinta a la nuestra, que adoptaron sus respectivos Códigos ante esta cuestión. La interrupción en esos textos se refiere a la prescripción y no a la posesión para los efectos de la prescripción, como en el nuestro.

El tratamiento que, a nuestro entender, cuadra más con el sistema jurídico español es el que vamos a desarrollar.

-361- Caracterización jurídica de la interrupción de la posesión ad usucapionem y sus formas natural y civil.

Siempre que se hable de interrupción en la usucapión, existe un fenómeno jurídico por virtud del cual se trunca la posesión que a ella conduce. Por eso es terminológicamente más correcto enunciar la materia con la denominación de interrupción

de la posesión ad usucapionem, refiriendonos a la causa y no al efecto.

La posesión que conduce a la usucapión se integra de dos elementos: la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, denominado corpus, (en el cual existe, desde luego, una voluntad de tener la cosa, sin que la misma se califique con respecto a un determinado concepto jurídico, y el concepto bajo el cual se posee, resultado de una objetivación del animus, referido a un concreto tipo de derecho subjetivo.¹⁵⁾

La interrupción en este tipo de posesión puede producirse, o porque se deje de tener la cosa, o porque se tenga en un concepto que no sea adecuado para usucapir (concepto distinto del de dueño: art. 447 y 1941).. En el primer caso hay interrupción natural, y en el segundo interrupción civil.

Advirtamos que la interrupción natural puede relacionarse con la voluntad, entendida ésta con respecto al corpus. Este animus no es el que cristalliza en el concepto en que se posee, sino el que hace que una tenencia sea voluntaria y tenga relevancia posesoria. La ausencia de tal voluntad implica el abandono.

La interrupción natural no es específica de la posesión ad usucapionem. Sus formas están contenidas en el art. 460 del C.c. y corresponden a cualquier tipo de posesión. Por eso, de siempre se ha dicho de ella que produce la pérdida de la posesión, sin más cualificación.

En la interrupción civil subsiste la tenencia posesoria, incluso acompañada de la voluntad de retener la cosa, pero tal tenencia queda descualificada, porque no se ejerce en concepto de dueño. La consecuencia es que la posesión no puede servir para usucapir.

La interrupción civil, es la consecuencia de una interver-
sión en el concepto en que se posee, como consecuencia necesaria de una sentencia judicial (vid.art.1945 a 1947), o como efecto del reconocimiento voluntario que el poseedor hiciere del derecho del dueño.¹⁶⁾

III.- La interrupción natural de la posesión

-362- A.- Enumeración de los supuestos de interrupción natural

Como ni todos los autores, ni tampoco todos los Códigos han delimitado de igual manera el ámbito de la interrupción natural, era preciso delimitar^{los} supuestos concretos que ella abarca en nuestro Derecho antes de entrar a analizarla. Para cumplir adecuadamente nuestro propósito será muy conveniente, por no decir indispensable, recorrer la línea histórica, que, en este punto, ha seguido nuestro sistema jurídico. Antes de hacerlo parece útil tomar en consideración las discrepancias doctrinales que ha suscitado la interpretación de otros ordenamientos.

Advirtamos en primer término, que la cuestión es, fundamentalmente, de sistemática jurídica y se centra en la fijación del contenido del tecnicismo "interrupción natural". No se duda sobre las causas que hacen perder la posesión; se cuestiona sobre la forma de operar de la misma (inmediata, diferida). Piensan algunos autores que la interrupción natural, no supone la pérdida automática de la posesión, sino diferida hasta el transcurso de un año.

-363- 1.- En el Derecho francés

El Código civil francés en su art. 2243 disponía:

"Hay interrupción natural, cuando el poseedor es privado durante más de un año, del goce de la cosa, sea por el antiguo propietario, sea incluso por un tercero".

Desde POTHIER, la doctrina francesa ha mostrado tendencia a la interpretación amplia del contenido de la interrupción natural. Su punto de vista difiere del de la italiana, por eso se explica la crítica incomprensiva que le dirigió PUGLIESE.¹⁷⁾ POTHIER vino a considerar que "hay interrupción natural en la posesión de una cosa, cuando el que la poseía ha cesado durante algún tiempo de poseerla",¹⁸⁾ agregando: "La posesión se interrumpe no sólomente cuando el poseedor la ha perdido por negligencia y por su culpa, si que también cuando ha sido despojado, aunque sea violentamente".¹⁹⁾ Tal opinión que acoge la pérdida voluntaria debió pesar bastante sobre el resto de la doctrina francesa, que, sin duda, por su influjo, se ha distanciado de la letra del artículo 2243 del Código Civil, interpretada extensivamente.

Un texto en el que se vislumbra esta concepción, nos lo ofrece BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER:

"La interrupción natural de la prescripción adquisitiva su pone la pérdida de la posesión; por consecuencia fuera del caso en que se abdica de la posesión, no es bastante que el poseedor haya cesado de ejecutar actos de goce sobre la cosa, es preciso que otro los haya realizado en su lugar... En otros términos, es necesaria una completa desposesión y no un simple cese en el goce; éste impedirá a la posesión ser continua... pero sería inexacto decir que tal hecho constituye una interrupción natural de la prescripción". Y añade "Así sería entre otros casos en la cesación temporal del goce proveniente de fuerza mayor".²⁰⁾

En la misma dirección PLANIOL-RIPERT-BOULANGER:

"La interrupción natural tiene lugar cuando el poseedor pierde la posesión, lo que puede producirse de dos maneras. Bien cuando la pierde voluntariamente por abandono o renuncia; bien cuando le es sustraída por un tercero".²¹⁾

En cambio LAURENT sostiene que el abandono de la posesión no está contenido en la definición del art. 2243,²²⁾ aunque sabe hacerse eco de la doctrina ~~contra~~ más generalizada. "Los autores, dice, como contraposición de su punto de vista, enseñan que la posesión se interrumpe cuando el poseedor abdica voluntariamente de la posesión de una heredad con la intención de no poseerla más".²³⁾

De parecida opinión es MAZEAUD, para el cual "la interrupción natural... supone que el poseedor ha sido privado contra su voluntad de la posesión de la cosa."²⁴⁾ También parece inclinarse en esta dirección CARBONNIER.²⁵⁾

-364- 2.- Derecho italiano

Existe un principio, fundamental, para algunos autores, en esta materia: "Sin posesión no hay usucapión". Este principio está situado, incluso, por encima de la interrupción. Para ellos, la interrupción natural se considera, precisamente, como una derogación de tal principio.

El artículo 1167 del nuevo Código Civil italiano dice así "La usucapión se interrumpe cuando el poseedor es privado de la posesión por más de un año".

Si se circunscribe la interrupción natural a la privación de la posesión por la acción de otro sujeto, es comprensible el razonamiento de los autores a que nos referíamos, porque la interrupción natural no produce automáticamente la paralización de la usucapión, sino una derogación de la regla general: "sin posesión no hay usucapión".²²⁶⁾

La doctrina italiana no ha dudado, salvo excepciones (TAR TUFARI), que el abandono de la posesión produce la automática pérdida de la misma, no siendo, por tanto, encajable en el artículo 1167 del nuevo Código Civil.

En cuanto a otros eventos se suscitan dudas. GENTILE, por ejemplo, sostiene que para que se produzca interrupción natural (fenómeno distinto de la pérdida definitiva de posesión) es preciso que haya despojo posesorio, según deduce de la letra del artículo 1167.²⁷⁾ Excluye las otras formas de pérdida posesoria: pérdida de la cosa, inundación... Le siguen MONTE²⁸⁾ y BARTONO.²⁹⁾

Esta opinión, mejor avenida con el art. 1167 actual, no es unánime en la doctrina italiana, ya consideramos la basada en el Código actual, ya la que se basa en el artículo 2124 del Código antiguo, en cuanto que ambos textos coinciden sustancialmente respecto a este punto. PUGLIESE comentando el citado artículo 2124 del Código Civil de 1865, entendía que la interrupción abarca formas de privación de la posesión que no constituyen despojo.³⁰⁾ Sin llegar a incluir la pérdida voluntaria, enumera en la interrupción natural, las turbaciones en la posesión

provenientes de fuerzas de la naturaleza, como la inundación, cuando perduren por más de un año.³¹⁾ En la misma dirección MI RABELLI³²⁾ y D'AVANZO.³³⁾

TARTUFARI nos ofrece la concepción más amplia, incluyendo en la interrupción la privación posesoria proveniente de fuerzas físicas e incluso de la voluntad del poseedor. Su postura no es usual. "En verdad", nos dice, la dicción de la ley contempla particularmente a la privación por el hecho de otro; pero investigando más adentro en la mente del legislador se comprende cómo la privación posesoria puede resultar de fuerzas físicas o por obra y voluntad del mismo poseedor".³⁴⁾

-365- 3.- Derecho español

a) Nuestros antecedentes

aa) Las Partidas: fórmula unitaria de la glosa de Gregorio LOPEZ

Las Partidas, con referencia a esta cuestión, disponían: "Destajase la ganancia que ome comienza de fazer por tiempo, e pierdese, por desamparâr la cosa, o por perder la tenencia della, ante que sea cumplido el tiempo por que la puede ganar: de manera que maguer la cobre despues desso, non puede ayuntar el tiempo passado con el que es de venir, nin contarle en uno, para poderla ganar; mas de aquel dia en adelante que la cobrara deve començar a contar de cabo..." (L.29 tít.29, P.III).

En este texto se incluyen dos formas de interrupción natural de la posesión: el desamparo de la cosa, y la pérdida de la tenencia de la misma. La primera implica la voluntariedad del sujeto. La segunda contiene los casos en que, sin mediar la voluntad, de hecho se pierde la tenencia de la cosa (pérdida involuntaria de la tenencia).

Gregorio LOPEZ las glosó así: "Interrumpitur praescriptio per possessionis amissionem". Esta condensación de la Ley de Partidas ofrecida por su glosa es muy interesante para comprender al Código Civil. Con ella se da una fórmula unitaria de interrupción de la interrupción natural, que tiene por contenido cualquier causa de pérdida de la posesión.

-366- bb) Las leyes de Toro

Otro antecedente es La ley 65 de Toro, recogida en la Novísima Recopilación (L.6, tít. 8 lib.11).

"La interrupción en la posesión interrumpe la prescripción en la propiedad; é por el contrario, la interrupción en la propiedad interrumpe la prescripción en la posesión".

Su sentido es confuso, para nosotros y para sus propios comentaristas. De difficilis et subtilis califica a este texto Antonio GOMEZ. Por eso la polémica ha cundido en torno a él.³⁵⁾ Además esta ley no arroja para nosotros demasiado interés, por silenciar las causas concretas que producen interrupción.

-367-

cc) Proyecto de 1851

El artículo 1983 del Proyecto de 1851 se separa claramente en forma poco usual, del artículo correspondiente de su modelo el Código francés (art.2243), para seguir fielmente la dirección de las Partidas.

"Hay interrupción natural cuando por cualquier causa se cesa en la posesión de la cosa por año y día" (art.1983 P. de 1851).

A propósito de las innovaciones de este artículo, con respecto al Código Napoleónico, GARCIA GOYENA nos ilustra con estas palabras: "No se admitió esta redacción (se refiere a la del Código francés), porque podemos perder la posesión no sólo contra nuestra voluntad, sino también por ella: por desamparar la cosa, dicen las (leyes 29 tít. 29 y 12, tít.30, Part.III).³⁶⁾

-368-

dd) Opinión de GUTIERREZ

Entre el Proyecto de 1851 y la redacción del Código Civil nuestra doctrina continuó resaltando el modo amplio en que debe ser entendida, en nuestro Derecho, la interrupción natural de la posesión "ad usucapionem". Muy expresivamente lo señalaba GUTIERREZ:

"No se concibe la prescripción sin la posesión. Por cualquier causa que la una acabe, desaparece la otra; y decimos cualquier causa, recordando que son varias las que señala la ley 30 tít.III Lib.XLI del Digesto. No es sólo un acto de violencia, o

el despojo que cita el fragmento de GAYO; lo mismo acontece, según otro de PAULO, cuando el terreno es invadido por el mar o por un río público que cambia de álveo...".³⁷⁾

-369- b) El Código Civil: cuestiones que suscita

El Código Civil, coincidiendo con su Anteproyecto,³⁸⁾ se afianza en la dirección de las Partidas.

"Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año" (art.1945).

En torno a este precepto nos surgen tres interrogantes:

aa) Enumeración de las causas concretas de interrupción natural.

bb) Confrontación de la manera en que afecta a cada una de ellas el transcurso del año, que con carácter general, parece exigirse en el artículo 1944, para que advenga la pérdida de la posesión.

cc) Indagación de los efectos jurídicos que produce la interrupción natural.

-370- aa) Causas de interrupción natural

Por los antecedentes expuestos y por el propio texto del artículo 1944 (cualquier causa), en la interrupción natural deben contenerse todos los supuestos, que no siendo propios de la interrupción civil (v.arts.1945 a 1948) cortan la posesión ad usucapionem. Como en el título de la prescripción, nuestro Código Civil no desarrolla, en concreto, estas causas, se nos impone una

labor interpretativa.

La subsistencia de la posesión exige: idoneidad del objeto subsistencia del corpus, entendido como fenómeno voluntario. Las causas de interrupción natural se referirán a estos extremos.

19.- El objeto sólo es susceptible de usucapión cuando exis-tan y esté en el comercio de los hombres (art.1936 y 437 C.c.). Relacionando esto con la pérdida de la posesión dice el Código Ci vil:

"El poseedor puede perder su posesión: Por destrucción o pér dida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio de los hombres" (art.460,3). No vamos a entrar en el análisis de es ta causa, porque queda fuera del contorno que hemos marcado a es te trabajo, ya que se puede encuadrar en el objeto de la usucapión. (por inexistencia del objeto).

20.- El corpus possessionis se extingue "por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año" (art.460,40).

También concluye, en determinados casos, al quedar la cosa sustraída a la acción del poseedor (ignorancia de su paradero, inaccesibilidad).

30.- La posesión finaliza, igualmente, por ausencia de vo luntad, en los casos de abandono de la cosa y en los de cesión o entrega de la misma (art.460,10 y 20).

No es conveniente tratar en este capítulo de todas las cau sas a que acabamos de referirnos, porque se facilita su compren-

sión estudiándolas en otros lugares. Por consecuencia omitiremos el estudio de las causas siguientes:

13.- La imposibilidad de reproducir los actos posesorios, por quedar la cosa sustraída a la acción del poseedor, sin que haya intervenido otro sujeto (extravío, inundación). No hay duda de que si el Derecho en estos casos entiende que se pierde la posesión, (comp.art.461 C.C.), su criterio alcanza también a la interrupción de la que conduce a la usucapión (art.1944: "cualquier causa"); aunque sea posible estudiar estos concretos casos en el capítulo dedicado a la interrupción, hemos preferido no hacerlo así, y remitirnos al lugar en que se analiza el corpus possessionis. La razón es, que el concepto de corpus es claro en su formulación teórica (casi intuitiva), pero difícil en su concreción práctica. Para llegar a ella es muy útil comprobar el límite que fija el ordenamiento a la subsistencia del corpus, cuando no media voluntad abdicativa, ni sustracción de tercero. El límite que así se fija, lo es de las posibilidades mismas de elasticidad del corpus: Hay grados de relación con la cosa que son indudablemente presupuesto de subsistencia de la posesión, pero, si ellos se van debilitando, llega forzosamente un momento, en el cual el tipo de contacto con el objeto no será suficiente para el mantenimiento de la tenencia. Se explica así que desarrollemos esta cuestión en la primera parte, dedicada al poder material.

2a) La cesión de posesión es operación de dos caras, adquisitiva e interruptiva. Nosotros tratamos de ella en la adquisición de la posesión "ad usucapionem".

Vamos a limitar nuestro análisis en este lugar al desenvolvimiento de las otras dos causas de interrupción natural:

El abandono de la cosa.

La posesión de tercero contra la voluntad del anterior poseedor.

-371-

bb) Interrupción de la posesión y transcurso del año.

Planteamiento de la cuestión

La letra del artículo 1944 parece indicar a primera vista, que en cualquier caso, es preciso para que la posesión se interrumpa, el transcurso de un año, desde que se ha cesado de poseer.

Tal interpretación literal, conduciría a resultados absurdos: El que obtenga la posesión mediante cesión, no podrá comenzar a usucapir hasta tanto que el tradens no pierda su posesión con el transcurso de un año. El que abandona un objeto, no realiza un acto firme de desposeimiento, y puede, si lo recobrara dentro de un año, continuar su antigua posesión. ¿Cómo pensar, por fin, que se continúa la posesión por un año, cuando el objeto haya dejado de existir o quedado fuera del comercio de los hombres? ¿Y en aquellos otros casos en que se han traspasado los límites de elasticidad del corpus, de manera que éste jurídicamente no existe?

Nos encontramos pues ante el siguiente dilema, impuesto por que la interpretación literal de nuestro artículo 1944 conduce al absurdo: O entender este artículo a la manera del Código francés, restringiendo las causas de interrupción natural a las provocadas por la privación ajena; o considerar que el sentido jurídico del precepto queda completo en su primera parte ("se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella") y que la referencia al año, no es extensible jurídicamente a cualquier causa", sino sólo a las derivadas de privación ajena, en las que juega el tiempo de caducidad de la acción recuperatoria.

De estas interpretaciones debemos elegir la que mejor cuadre a nuestros antecedentes históricos. De ellos resulta que la expresión "cualquier causa" tiene arraigo entre nosotros, sirviendo para expresar la forma amplia de entenderse el contenido de la interrupción natural.³⁹⁾ Así se explica que el Proyecto de 1851, tan afrancesado, se apartara de su modelo el Código francés.⁴⁰⁾

Por otra parte según comprobaremos a continuación con arreglo a nuestro Derecho histórico, el plazo del año se debe referir a los supuesto de pérdida de posesión en que haya lugar a la interposición de demanda reclamatoria. Demostrado esto, el dilema se resuelve, relacionándose el plazo del año tan sólo con esta causa concreta de pérdida, por despojo.

-372- Antecedentes históricos

Ni en las Partidas⁴¹⁾ ni en las leyes de Toro⁴²⁾ se requiere que transcurra un año para que en cualquier caso se produzca la pérdida definitiva de la posesión. El texto de las Partidas permite, más bien pensar lo contrario:

"... Pierdese [la posesión] por desamparar la cosa, o por perder la tenencia della... de manera que maguer la cobre después desso, non puede ayuntar el tiempo passado con el que es de venir...".⁴³⁾

El transcurso del año que aparece exigido en el artículo 1944 del Código, no se aplica, ni en las Partidas ni en las Leyes de Toro, con carácter general, a todos los supuestos de interrupción natural de la posesión. Esto obliga a formularnos la siguiente pregunta: ¿Existía tal término en otros textos jurídicos patrios, o fué una importación del Derecho francés? Y de existir: ¿qué significado tuvo en ellos?.

Está fuera de dudas que el plazo de año y día jugó un importantísimo papel en nuestro Derecho, en las demandas sobre posesión. Son abundantes los Fueros municipales que lo recogen. Por citar algunos, los de Logroño, Sepúlveda, Cuenca, Alcalá.⁴⁴⁾ Pero no sólo aparece en los Fueros, también se encuentra en disposiciones de carácter general.⁴⁵⁾ De todas ellas, es sin duda la de más importancia la Ley 3ª, tít.8, lib.11 de la Novísima Recopilación:

"Mandamos que el que tovriere la cosa año y día, no se excuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la co-

sa año y día con título y buena fe".⁴⁶⁾

La importancia de esta Ley fué enorme. Hasta su publicación "era dudoso, según GUTIERREZ, si deberían entenderse (las consecuencias de la posesión de año y día) de la propiedad o de la posesión".⁴⁷⁾ Disipadas las dudas,⁴⁸⁾ puede afirmar ante mismo autor: "El poseedor de una cosa no se exime de responder por ella, como no la haya poseído por año y día con título y buena fe. En resumen esta es la última palabra de la ciencia..."⁴⁹⁾

El texto que comentamos permite utilizar la excusa de responder. Se trata de una excepción que puede oponer el demandado a la acción posesoria del demandante.

Podemos preguntarnos si la exención de respuesta procesal se funda en la prescripción extintiva de la acción, o en la adquisitiva de la posesión misma. La respuesta no es fácil y por ello ha suscitado polémica,⁵⁰⁾ pero la solución más probable, para la Novísima Recopilación, parece la segunda, al basarse la exención no sólo en el tiempo, sino en las cualidades posesorias (buena fe y justo título.⁵¹⁾ El Código Civil suprimirá la buena fe y el justo título al par que parece deslindar claramente los dos aspectos de la materia: Prescripción de la acción para recuperar la posesión (art.1968,1º) y adquisición de la posesión por el nuevo poseedor, con pérdida de la misma por el anterior (art.460,4,C.c.).

La posesión de año y día estuvo presente en nuestro Derecho histórico, referida a las demandas en materia posesoria, pero no pudo relacionarse con el despojo porque requería la buena fe y el justo título, para su efi-

cacia jurídica. Tampoco estuvo referida a otras causas de pérdida de la posesión, distintas de la intervención ajena inconsentida (por ej. el abandono). Al suprimirse el Código Civil los requisitos cualificadores, puede referir el repetido plazo al despojo, significando el plazo de un año el tiempo de permanencia de la posesión incorporal del despojado y el de subsistencia de la acción recuperatoria.

-373- Interpretación del artículo 1944 del Código Civil

En el Código Civil, por efecto de la obligación general de respeto a la posesión (art.446) y de la interdicción de la violencia (art.441), se concede al despojado una acción posesoria (art.446), cuyo plazo prescriptivo es de un año (art.1968,12) transcurrido el cual se motiva la adquisición posesoria de otro sujeto sin que sean necesarios el justo título o la buena fe. Al mismo tiempo, en estas circunstancias se indica, que el poseedor despojado "contra voluntad", conserva su posesión (incorporalmente) durante el mismo lapso de tiempo (art.460,42). Este régimen no podía menos que repercutir en la usucapión, y de acuerdo con él, la posesión que la produce se conserva durante un año, después del despojo (artículo 1944).

La posesión se interrumpe, pues, con el transcurso de un año, y no con el evento interruptor, cuando el poseedor la conserva, incorporalmente, durante ese año. Como tal cosa, por los antecedentes y la regulación del propio Código, sólo sucede en los casos en que haya de interponerse demanda recuperatoria de la posesión (supuesto del despojo), debemos concluir que en el artículo 1944

la expresión "por más de un año" no se relaciona en sentido jurídico y sí, tan sólo, gramaticalmente, con la otra que le precede ("por cualquier causa"). Cualquier causa debe relacionarse exclusivamente con el cese en la posesión, relatado en las cuatro palabras subsiguientes ("se cesa en ella"). La frase queda así completa: "Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella". Lo que viene después ("por más de un año") es un estrambote que se explica como residuo histórico, mal podado, procedente de la codificación francesa (art. 2243 C.c. francés).

-374- Explicación de la persistencia de las palabras finales del artículo 1944.

La incongruencia entre el sentido gramatical y jurídico del artículo 1944^{se} aclara si nos remontamos al momento de su elaboración, en la Codificación.

En el Código Civil francés, que sólo mencionaban a la privación del goce de la cosa, se requería, expresamente, por causa de interrupción natural de la posesión, que transcurriese un año para que la interrupción se produjera (art. 2243). Superada la influencia del Código francés, en este punto concreto de las causas de interrupción natural de la posesión, por el P. de 1851, al referirse a "cualquier causa" y no sólo a las provenientes del despojo ajeno, no pudo, en cambio, sustraerse a las inspiraciones de su modelo, recogiendo, por inercia léxica, la referencia al plazo de un año, aunque ella no encaja en el alcance dado a las causas naturales de interrupción de la posesión. Después, por

un fenómeno de persistencia, encontramos aún la chocante exigencia del lapso de un año en el texto del artículo 1944 del Código Civil.

Al redactarse el Proyecto de 1851 no se pensó extender el transcurso de año a todas las causas de interrupción; lo prueba el propio GARCIA GOYENA, que en sus Concordancias, relaciona este punto con la disposición anteriormente citada de la Novísima Recopilación: "Según la Ley recopilada III, tít.8, lib.11, es necesario este tiempo con otros requisitos para prescribir la posesión: parece, pues, natural, y hasta de rigurosa consecuencia que sea necesario el mismo para perderla".⁵²⁾

-375-- cc) Efectos generales de la interrupción natural

Juzgamos más oportuno analizar los efectos de la interrupción natural en el estudio concreto de cada uno de los supuestos interruptivos, porque así se captan mejor los matices peculiares de cada uno de ellos. No obstante resulta obligada una referencia genérica a los mismos, en este lugar.

1.- Se produce la interrupción de la posesión ad usucapionem desde el momento en que adviene el evento interruptor, a excepción del caso de despojo, en el cual continúa la posesión durante un año (art.1944 C.c.).

2.- Los efectos de la recuperación de la posesión perdida son distintos según la causa productora de la interrupción. Diferenciamos dos tipos, la involuntaria y la voluntaria. En la

primera es posible aplicar el artículo 466 del Código Civil, si entendemos "indebidamente perdida" la posesión, cuando la pérdida no se origina en la voluntad del sujeto (abandono, cesión). La recuperación producirá en este caso la reviviscencia de la posesión, en el tiempo en que no se tuvo.

En la segunda, pérdida voluntaria, los efectos son más fuertes. La pérdida se produce con carácter definitivo, y al recuperar el objeto, se inicia una nueva posesión y usucapión.

-376-

Efectos particulares sobre el título

La diferencia de trato entre la pérdida posesoria voluntaria e involuntaria, a las cuales acabamos de referirnos, se explica a través del título.

En la pérdida involuntaria, el título permanece. Al recuperarse la cosa, se continúa, por efectos del mismo, la posesión. Son aquí aplicables las siguientes palabras de Gregorio LOPEZ:

"... Defectus possessionis interrumpat praescriptionem, non tamen interrupt effectum praecedentis tituli: unde si de novo incipiat possidere, praescribere potest ex dicto titulo".⁵³⁾

La pérdida voluntaria lleva consigo, además del desposeimiento material (referido al corpus), la extinción del título bajo el cual se posee. Para ello, además de la voluntad del poseedor contrapuesta al animus posesorio, pueden hacerse necesarios otros requisitos: Por ejemplo la renuncia a la herencia en la po-

sesión civilísima.

El título fenece y como consecuencia, la ulterior toma de contacto con el objeto no puede referirse a la posesión precedente, extinguida ya con carácter definitivo.

B.- Formas de interrupción natural

-377- 1.- Abandono de la cosa: introducción

La posesión "ad usucapionem" puede perderse por abandono de la cosa sobre la que se ejerce.

Aunque sea tónica general de nuestra doctrina no tratar específicamente del abandono en la posesión "ad usucapionem" y estudiarlo en el apartado general de la posesión, juzgamos obligado y útil en nuestro caso, entrar en el examen específico del abandono, con referencia a este tipo de posesión.

-378- Abandono de la posesión y abandono de los derechos

El abandono del titular le hace perder su derecho y al menos tratándose de un bien inmueble no favorece directamente a ningún otro sujeto. Crea, respecto a todos, la condición jurídica de bien ocupable (art. 610 C.c.), derivada del carácter nullius del objeto. El abandono del poseedor "ad usucapionem" tiene una repercusión limitada al hecho de la posesión, y favorece directamente a un concreto sujeto, el titular, frente al cual todavía no se ha consolidado la adquisición. Este abandono supera una tensión de intereses entre el usucapiente y el vetus dominus.

Algunas figuras paralelas al abandono

-379- a) Abandono de la posesión ad usucapionem y renuncia a la prescripción ganada

La prescripción ganada es renunciable.⁵⁴⁾

"Las personas con capacidad para enajenar, pueden renunciar a la prescripción ganada..."

"Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido" (art.1935 C.c.).

Aunque a la vista del Código pudiera pensarse que la renuncia a la prescripción ganada es asimilable al abandono del derecho adquirido, es aquélla, en realidad, una figura intermedia entre el abandono de la posesión "ad usucapionem" y el de los derechos subjetivos. La renuncia no implica ya pérdida de posesión, sino del derecho (arts. 1935 y 1937 C.c.). Pero esta pérdida no crea la condición de res nullius, como corresponde al abandono realizado por un titular.⁵⁵⁾ La titularidad, en caso de renuncia a la prescripción ganada, sigue perteneciendo, sin solución de continuidad, al sujeto contra el cual corría la usucapión.⁵⁶⁾ Por eso los defectos de la renuncia se retrotraen al momento en que se consumó la misma.⁵⁷⁾

El estudio de la renuncia posterior a la usucapión es materia en la cual no estamos interesados, por no afectar directamente a la posesión que sirve para usucapir.

-380- b) Renuncia a un tiempo de posesión disfrutada hecha con anterioridad a la usucapión

Nos ocupamos de la renuncia que se hace respecto de un período de tiempo posesorio que por sí sólo, no es suficiente para usucapir, con el fin de beneficiar o perjudicar a un tercero. Será necesario que el renunciante haya dejado de poseer, pues, en otro caso la renuncia, para poder vencer la fuerza publicitaria de la posesión, deberá hacerse a través de alguno de los medios que señala el Derecho (abandono de la cosa o reconocimiento del derecho del dueño).

En este caso, sólo podemos hablar de renuncia, frente a la persona distinta del titular que resulte afectada por el acto del que fué poseedor (renunciante), no en cambio, frente al titular, pues el renunciante no ha adquirido aún ningún derecho.

Para mejor comprender el caso pondremos dos ejemplos: uno de renuncia que favorezca y otro de renuncia que perjudique.

A, renuncia a favor de B, poseedor "ad usucapionem", en la actualidad, a la posesión que tuvo con anterioridad a que B, le despojara de la misma.

A, renuncia en perjuicio de B, comprador de la cosa, a la posesión "ad usucapionem" anterior a la transmisión, para que B, necesite mayor tiempo para hacerse titular.

En cuanto a la renuncia que intenta favorecer, advertiremos que no es válida, pues sólo aprovecha a otro la posesión de un sujeto, cuando entre ambos ha habido verdadera transmisión de la misma (Comp.art.1960,1º C.c.) a través de actos y formalidades

destinados a tal efecto (art. 438 C.c.). Si en el primer ejemplo propuesto, B, no pudo aprovecharse para la usucapión del tiempo en que poseyó A., por haber adquirido a través de despojo, tampoco podrá favorecerse de ese tiempo, merced a la renuncia de A.⁵⁸⁾

La renuncia realizada en perjuicio de tercero, tampoco es capaz de producir la eficacia que su autor pretende lograr a través de ella, pues con posterioridad a la transmisión no puede el transmitente perjudicar al adquirente. En este caso la renuncia se halla referida a los efectos de una situación de hecho que previamente se han transmitido a otro patrimonio. El renunciante parece de legitimación para efectuar tal acto. Aquí encontramos una diferencia (aparte otras que no atañen al caso) entre el supuesto que consideremos y el que contempla el artículo 1937: En el 1937 la renuncia es válida, y crea una eficacia restringida, debido a que se dispone de algo que está en el patrimonio.

-381- c) Renuncia a la usucapión, previa al ejercicio de la posesión

Se trata del caso en que un poseedor con posibilidades de usucapir renuncia, para el tiempo sucesivo, a la usucapión que pueda ganar con su posesión. Según la voluntad del renunciante, contemplada en el caso concreto, esta renuncia puede merecer un doble tratamiento jurídico:

Puede implicar la interversión del concepto en que se posee; tal mutación le quita el carácter de verdadera renuncia, pues en verdad, aunque se continúe teniendo la cosa, la posesión ha dejado de ser idónea para usucapir, porque ya no es en concep

to de dueño.

En otro caso, de no implicar interversión, como la posesión subsiste, perfectamente cualificada, habrá una renuncia previa a la usucapión que se pueda conseguir con ella (art.1935). La renuncia parece ser una declaración de voluntad abdicativa; la interrupción requiere el hecho del cese en la posesión. La renuncia así efectuada es revocable, con tal de que no perjudique a los intereses de tercero (ej. tercero que, conociendo la renuncia del poseedor, compra la cosa a su anterior titular, y obtiene la posesión después de la usucapión del poseedor).⁵⁹⁾

-382- d) Pérdida y abandono:

Son dos figuras jurídicas perfectamente diferenciables: La pérdida no excluye la subsistencia de la voluntad posesoria, ni incluso la de la posesión.⁶⁰⁾ El abandono excluye a ambas.⁶¹⁾

El desconocimiento de cual ha sido la verdadera voluntad del poseedor hace, en muchos casos, imposible, la previa calificación de la situación de una cosa, como perdida o abandonada. La localización del objeto y el normal uso del mismo, según el criterio social, sirven de orientación (ej. cascara de fruta depositada en una papelería pública),⁶²⁾ pero no basta para precisar, con certeza, en un buen número de casos, la suerte jurídica del mismo. Por esto el ordenamiento presume la pérdida y considera excepcional el abandono (comp. art.615 C.c.).

-383- c) Abandono e incumplimiento de condición potestativa pactada con carácter resolutorio

Algún autor refiriéndose a los derechos subjetivos ha considerado abandono tácito de los mismos al incumplimiento de una condición potestativa de carácter resolutorio.⁶³⁾ Mas tal comportamiento no puede técnicamente calificarse de abandono tácito. La adquisición no era perfecta: Afectada por un título condicionado, el incumplimiento de la condición no significa un acto de renuncia, sino dejar de poner los medios para la perfección del título transmisivo. Este denominado abandono tácito, no puede considerarse como un acto jurídico independiente y casi contrapuesto al título adquisitivo. Estamos en este caso ante un título infirme: el cumplimiento de la condición potestativa, es un comportamiento que de realizarse, tal como lo exigía el título lo integraría y perfeccionaría.

Las consecuencias del incumplimiento no son, por tanto, las típicas del abandono (*res nullius*, ocupabilidad), sino las propias de la insuficiencia del título transmisivo: no se produce con carácter definitivo el desplazamiento del derecho. En cuanto a la posesión para *usucapir*, se inicia en el momento de la entrega de la cosa, pero el incumplimiento de la condición, aunque no afecte al corpus, hace que la posesión deje de tenerse en concepto de dueño. El título adquisitivo pierde su eficacia configuradora y, entre tanto no se interviera unilateralmente, la posesión se tiene, por virtud del mismo, en concepto de "mera tolerancia".

Supuestos de abandono

-384- a) Abandono voluntario de la cosa

El abandono interruptivo se produce en la posesión "ad usucapionem", como en general en los otros tipos posesorios, por el abandono de la cosa (art.460, 1º C.c.). De éste vamos a tratar.

Sus requisitos

El abandono incide sobre la posesión como unidad, esto es, incide sobre todos sus elementos: sobre el corpus y sobre la voluntad de seguir poseyendo.⁶⁴⁾

1º.- Remisión del poder sobre el objeto: Pérdida del animus, que debe exteriorizarse en el deje material del objeto, pues en otro caso, no parece que medie un propósito serio de abandonar, y en materia posesoria cuentan más los hechos que las declaraciones.

La voluntad de abandono no exteriorizada en el cese de la tenencia, puede significar, a lo más, un propósito de no oponer al propietario el tiempo de posesión que ha transcurrido, pero no tiene para lo sucesivo fuerza interruptiva: Sólo el reconocimiento del derecho del dueño (art.1948) tiene tal eficacia, pero es un caso de interrupción civil que se explica por particulares razones.

La exteriorización de la voluntad se verifica en los bienes inmuebles, cesando en su custodia y utilización. En los muebles, además, colocándolos fuera de los espacios en que se presume nues

tra posesión (art.449 C.c.). En los semovientes dejando de retenerlos.

29.- El desamparo del objeto, para que sea interpretado como abandono, debe ir acompañado de un cambio en la voluntad, que deberá mostrarse contraria a la posesión, y que aparece convenientemente exteriorizada. En otro caso, podría ser interpretado como pérdida, pues según decían las Partidas:

"Después que ha ome ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor della, quier la tenga corporalmente, quier no fasta que la desampare con voluntad de la non aver: ca como quier que todavia mon la tenga corporalmente la cosa, siempre puede ser tenedor della en su voluntad..."⁶⁵⁾

El cese en la voluntad no debe confundirse con el olvido, la ausencia, o la locura, porque la voluntad inicial permanece mientras no se emita una nueva, contraria a la primera. El cese de la voluntad debe entenderse, por tanto, en sentido positivo.⁶⁶⁾

-385- La pugna de intereses que suscita el abandono

Por ser renunciable la usucapión ganada (art.1935 C.c.) no pierde interés jurídico la fijación de los requisitos del abandono. Podría pensarse que aunque el poseedor no hubiera exteriorizado convenientemente su voluntad de abandonar, se podrían lograr los efectos del mismo, a través de la renuncia de la usucapión ya ganada. Pero este razonamiento es parcial, porque hay casos en que hace falta calificar con exactitud el comportamiento del poseedor, por la pugna de intereses que en ellos se implican, sin

que la renuncia a la prescripción ya ganada produzca los mismos efectos que el abandono de la posesión en curso. Podemos enumerar algunos de estos casos:

1º.- Conflictos entre el poseedor, que se ha retractado del abandono, y el vetus dominus. Importa calificar aquí si hubo verdadero abandono, pues, de ser así, la posterior retractación a ocultamiento del poseedor, no impide que su anterior comportamiento haya favorecido al dueño.

2º.- Conflicto entre los acreedores del usucapiente y el titular (vetus dominus).

En este caso, si se califica el acto del poseedor de verdadero abandono, no podrán los acreedores e interesados invocar la usucapión en beneficio propio (comp.art.1937 C.c.). Si, por el contrario, el propósito de abandonar no fué debidamente caracterizado, técnicamente no hay verdadero abandono. Por eso, la ratificación que el poseedor haga del mismo con posterioridad a la usucapión, debe valorarse como renuncia a la prescripción adquisitiva ganada, con la ventaja que ello implica para los acreedores (arts.460,1º y 1937).

-386- b) Abandono impuesto

El abandono debe ser libre. Según GOMEZ DE LA SERNA "Sin un apremio o temor grave" lo contrario de esto es el abandono impuesto. La fuerza que lo determina puede provenir o de los elementos o de otro sujeto. El sujeto promotor de la misma puede buscar, la ocupación de la cosa o, simplemente, causar un daño

económico al poseedor.

-387- aa) Echazón: su concepto y naturaleza jurídica

La echazón, consiste en el acto de arrojar al mar efectos para aligerar el buque seaa con el fin de desencallarlo, o de sustraerlo mejor a la perssecución del enemigo, o de resistir mejor al temporal".⁶⁷⁾

Los objetos así arrojados no pueden calificarse de abandonos, porque no se arrojan al mar con ánimo de deshacerse de ellos. La pérdida de su poosesión tampoco se funda en el abandono, sino en haber quedado inaccesible, lo cual hace imposible el ejercicio del corpus poossessionis. Como no ha habido voluntad de perder la posesión,, recuperada la cosa, es aplicable el beneficio del artículo 4665 del C.c.

Pese a lo dicho, algún autor ha visto en la echazón un caso de abandono. Así WOLFF entiende que "la posesión se considera abandonada también en ebl caso en que la voluntad haya sido producida por estado de neccesidad (echazón de la mercancía para aligerar la nave".⁶⁸⁾

En nuestras Partidas "'las cosas que los omes echan en el mar con cuyta de la tormentta, que non pierden el señorío dellas"⁶⁹⁾ Fácilmente se infiere de elllas que la pérdida de la tenencia no deriva del abandono, pues aaunque esta norma se refiera a la pérdida del derecho y no de laa posesión, debemos observar que de haber existido abandono se produciría no sólo la pérdida de la posesión, sino también de lla titularidad.

-388- Echazón practicada por el poseedor ad usucapionem

Supongamos, para delimitar nuestro estudio, que practica la echazón quien no es dueño de la cosa, sino poseedor "ad usucapionem". Las cuestiones que se suscitan son éstas: ¿se interrumpe definitivamente la posesión? ¿Es aplicable en caso de recuperación el favor de continuidad, dispensado por el artículo 466 del Código?

Arrojado el objeto, no hay duda de que se cesa en la posesión. Las cosas normalmente no podrán ya nunca más ser encontradas. No tiene aquí aplicación el plazo de un año que se da en los supuestos de pérdida por despojo (art. 460, 42): La pérdida se produce desde el momento mismo del abandono (art. 1944 C.c.).

¿Qué sucede si, excepcionalmente, se recuperase el objeto?

La recuperación con arreglo a derecho de la cosa indebidamente perdida, está favorecida, como sabemos, por el artículo 466.⁷⁰⁾ ¿Es aplicable esta ficción a las cosas que se recuperan tras de la echazón?

En efecto, se pueden incluir entre las cosas indebidamente perdidas. Aunque aquí, por no mediar conducta antijurídica de tercero, no pueda aplicarse con rigor el calificativo de pérdida indebida, hay en cambio una cierta analogía con ese supuesto: La pérdida es impuesta en ambos casos, y no deriva de un derecho más estimable que el del poseedor. Además si el artículo 466 es aplicable, sin lugar a dudas, al caso de privación de la posesión por despojo, en el que en definitiva ha existido, a partir de un año de la pérdida (arts. 1944, 460-42) hasta la recuperación,

una nueva posesión, con más razón lo será al que consideramos, en el cual tal posesión intermedia, en principio, no ha de existir.

Para que la recuperación sea conforme a derecho en la echa zón, según exige el artículo 466, será preciso:

1.º.- Que el hallazgo de la cosa se produzca en alta mar, fuera de las aguas jurisdiccionales del estado español.

2.º.- Que se haga por el mismo poseedor que la perdió o por un sujeto que la ocupe para aquél, aunque en el momento de ocuparla le resulte desconocido.

1.º "Pertenece al Estado lo que no teniendo dueño conocido, sea objeto de hallazgo en el mar o en sus orillas donde hubiera sido arrojado por las olas,, siempre que no se trate de productos de la misma mar" (art.55 L.de Puertos, redactado conforme al R.D.L. de 17 junio 1929).

La zona en que el Estado tiene este derecho no puede extenderse más allá de las aguas territoriales (vid.art.1.apar.2.º,L. de Mostrencos: costas del Reino).

Del texto de la Ley de Puertos, parece desprenderse, que la única persona que tiene un derecho preferente al del Estado sobre los objetos hallados, es aquella que demuestre ser titular de la cosa, pues este sujeto conserva intacto su derecho, aún después de la echazón. En cambio el poseedor "ad usucapionem", aunque sea de buena fe, no habrá recuperado con arreglo a Derecho la cosa, si la encontrare dentro de las aguas del Estado. Su recupe

ración lesiona los intereses del Estado, tal como las delimita el artículo 5 de la Ley de Puertos. Por eso aunque le sirva para comenzar una nueva posesión idónea para usucapir, tal recuperación no le vale para ser favorecido por la ficción de continuidad, que establece el artículo 466 del Código.

29.- La recuperación del objeto deberá efectuarse o por el anterior poseedor o por un tercero que lo guarde para aquél, aunque no le sea conocido. Como en las cosas perdidas, es suficiente que se guarde el objeto para la persona que demuestre haberlo poseído anteriormente (comp. art. 615, 1º C.c.).

Si el hallador ocupa la cosa para sí, y con posterioridad la transmite al anterior poseedor, podrá éste beneficiarse de la continuidad desde la pérdida si con la transmisión no obtuvo la titularidad del derecho. E igualmente si tras el abandono del hallador recupera la posesión de la cosa.

En todo caso habrá de tenerse en cuenta la zona en que el tercer ocupante halló la cosa (cfr. art. 5, L de Puertos).

-389- bb) Pérdida de posesión determinada por la intervención de otro sujeto que no intenta obtenerla para sí

En este apartado consideramos el deje de la cosa realizado por el propio poseedor, pero impuesto por un tercero. El que impone el acto de desposeimiento no intenta, con él, que la cosa quede a su disposición, cual sería el caso del ladrón que obliga se a un pasajero a tirar la cartera por la ventanilla del tren, para que fuese recogida por sus cómplices. Busca, tan sólo, lo-

grar en el poseedor el acto abdicativo de la posesión, quizá porque del mismo pueda resultar indirectamente beneficiado. Los ejemplos se refieren a las principales categorías de bienes: se obliga al poseedor a salir de la finca para impedirle explotarla, eliminando así su competencia en el mercado; se impone arrojar una joya a un estanque; se obliga a dar suelta a un animal.⁷¹⁾

-390- Calificación jurídica

En estos casos la pérdida posesoria no puede calificarse de abandono,⁷²⁾ porque la voluntad está arrancada por la violencia (comp.art.1267 y 1265 C.c.)⁷³⁾

Tampoco se trata de un acto de despojo, propiamente dicho: La intervención extraña se aproxima al despojo, y coincide con tal acto en que la pérdida posesoria es, en ambos casos, provocada y quien la provoca no tiene derecho alguno que pueda justificar su comportamiento.⁷⁴⁾

Se diferencia del despojo⁷⁵⁾ en que el sujeto que provoca la pérdida no se hace poseedor: La cosa deja de ser poseída. Esta diferencia es notable, pues cuando el mismo sujeto que produce la pérdida de la tenencia toma la cosa, su tenencia está afectada de un vicio, y como éste es correlativo a la pérdida, se pueden prolongar los efectos de la posesión anterior.⁷⁶⁾ Mas cuando el poseedor posterior no es el mismo que provoca la pérdida, podría originarse un choque de intereses entre el primer poseedor y el que ocupa confiando en la apariencia de abandono, choque que impone se valoren los intereses en juego.

-391- Efectos

No siendo la pérdida, voluntaria, sino impuesta, deberán valorarse las consecuencias jurídicas de la misma, de manera que se favorezca la continuidad de la usucapión, siempre que no lo impidan los intereses de tercero merecedor de protección. Distingamos en el estudio de los efectos, las categorías de bienes muebles e inmuebles.

-392- aaa) Bienes inmuebles

Respecto a ellos, la intervención ajena impide la tenencia, haciéndolos inaccesibles al poseedor (ej. se impide entrar, a él o a sus representantes y servidores). Al quedar el bien en esta situación deja de ser poseído materialmente, pero, por espacio de un año, se conserva su posesión incorporal. Si en el artículo 460, 4º, se reconoce la continuidad de la posesión, durante ese período, cuando el despojante ocupa la cosa, con igual razón deberá reconocerse, cuando el sujeto que impide el acceso, persistentemente, no ocupa la cosa para sí. Aunque no haya ocupación hay una acción continuada para impedir el acceso a la cosa, por eso debe disponer de la acción interdictal para el restablecimiento de la primitiva situación (art. 446 C.c. y 1651 ss. L.E.C.) y continuar la posesión para usucapir. Transcurrido el año, ésta se interrumpe (art. 1944 y 460, 4º).⁷⁷⁾

-393- bbb) Bienes muebles

Los bienes muebles suscitan mayor número de posibles situaciones: No se conoce la localización de la cosa, se sabe donde está pero se impide la recuperación, se sabe donde se encuentra, pero no es posible volver a tomar contacto con ella.

No vamos a valorar en cada uno de estos casos el significado que tiene el comportamiento del sujeto que produce esta nueva situación. Nos circunscribimos a resaltar las consecuencias que ella engendra, respecto a la anterior posesión.

Cuando se desconoce el lugar que ocupa el objeto, podemos equiparar el régimen del mismo al de las cosas perdidas, puesto que no ha existido voluntad de abandono (v.nº 52 ss.). Si se sabe donde está la cosa, pero se impide al poseedor la recuperación, no importa tanto que el perturbador no ha ocupado la cosa para sí, cuanto que impide continuamente el acceso a ella. Como sucede en los inmuebles, parece posible en este caso el interdicto y la conservación de la posesión (v.nº 24 y 41). Por fin, si se sabe el lugar que ocupa la cosa, pero no es posible su recuperación, se aplica el régimen jurídico de las cosas inaccesibles (v.nº 57).

-394- ccc) Pérdida de la posesión mediata por abandono del poseedor inmediato

Como otras muchas cuestiones posesorias, la que ahora nos ocupa no tiene un directo desarrollo en la ley, pero su regulación se infiere, forzosamente, de los principios que inspiran a

aquella. De ellos puede deducirse que la derelictio del poseedor inmediato no provoca, automáticamente, la pérdida de la posesión superior.

La solución del caso que nos ocupa será distinta de otros en que la pérdida no se produce por abandono del mediador, aunque tenga su origen en la posesión del mismo: Nos referimos a la fuerza mayor que le impide el ejercicio del corpus, y al despojo de terreno.⁷⁸⁾

En el Derecho romano se suscitó esta cuestión, y de los textos de Justiniano podemos entresacar los siguientes: "Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur..."⁷⁹⁾

"...Si servus vel colonus per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem".⁸⁰⁾

En nuestro Derecho parece aplicable este mismo criterio: El poseedor mediato no es tenedor de la cosa en sentido extricto, pero tiene una relación material con ella potenciada por los actos del poseedor inmediato y por la relación jurídica que crea la jerarquía de posesiones (ej. relación de arrendamiento, de depósito...). El corpus possessionis, en sentido técnico, no se extingue por el abandono del mediador posesorio, sólo se transforma. La construcción técnica de la representación en la posesión sirve para explicar la compatibilidad jurídica de posesiones referidas a derechos, distintos y compatibles, que recaen sobre un mismo objeto (comp.art.445 C.c.),⁸¹⁾ pero no impide la subsistencia de la posesión superior o mediata en caso de abandono del subposeedor. Para ello se produce una transformación:

La posesión que se venía ejerciendo a través de otro sujeto, se tiene ahora directamente. El abandono del poseedor inmediato regenera, en el poseedor representado, la situación previa a la constitución del derecho limitativo de su goce. Persiste el título por el cual se comenzó a poseer, y gracias al mismo, hay continuidad en el "concepto" jurídico de su posesión; subsiste, así mismo, el corpus, pues no es preciso tener físicamente al objeto para su continuidad (véase cap.I); no hay por ello inconveniente en admitir la continuidad en la condición de poseedor usucapiente.⁸²⁾ La debida diligencia del poseedor le obliga a no dejar que se consolide este estado de cosas,⁸³⁾ pues otro comportamiento supondría un abandono del objeto.

-395- C) Abandono del poseedor mediato.⁸⁴⁾

El poseedor mediato,, aunque, indirectamente, tenga el corpus possessionis (art.4311), carece de la tenencia corporal del objeto. Como su situación es peculiar, el acto de abandono tiene unas características propias y diferentes de otras situaciones posesorias de tenencia corporal inmediata. ¿Cómo se produce?

Se ha dicho, en contestación a esta incógnita, que "si un poseedor mediato quiere abandonar, la posesión mediata no puede quedar destruida mediante declaración unilateral del poseedor mediato al mediador, sino únicamente mediante concluirse un contrato de remisión de la pretensión de entrega" WOLFF.⁸⁵⁾

Esta opinión, que cuenta con disidentes, dentro y fuera de Alemania,⁸⁶⁾ no parece tampoco aceptable en nuestro Derecho, pues

el abandono no deja de ser un acto unilateral, que no debe, ni tan siquiera tratándose de la posesión mediata, quedar sometido a un convenio con el poseedor inmediato. Para que en este caso exista abandono son necesarios dos requisitos: voluntad y publicidad.

Sin voluntad de conservar la posesión, ésta no puede subsistir, y se halla presente, tanto en la adquisición (art.439⁸⁷), como en la conservación de la posesión (art.430).⁸⁸ Pero, en este caso, la dimensión del animus que importa al Derecho, no es la psicológica o interna, sino la objetiva o exteriorizada; porque el abandono repercute sobre los intereses de los acreedores y de otros sujetos, aún en el ámbito estricto de la posesión ad usucapionem (comp., art.1937 C.c.). Por esta forma de considerar jurídicamente a la voluntad, se añade a la misma el otro elemento que permite su eficacia: la publicidad.

La exteriorización de la voluntad viene a contradecir a la persistencia del título,⁸⁹) que creó la situación de representación posesoria. Tal exteriorización se realiza, fundamentalmente, frente al poseedor inmediato, a través de una notificación que no requiere especial forma jurídica.⁹⁰) A ella debe subseguir un comportamiento consecuente: no se toman ni se exigen rentas, no se cumplen las obligaciones que impone la posesión abandonada, se manifiesta abiertamente el propósito de no continuar poseyendo. También la comunidad, en general, está interesada en que se haga pública la nueva situación, para que el abandono pueda ser oponible al propio sujeto que lo realiza. La notificación al poseedor inmediato, da pie para un conocimiento

general, pero además se exige al poseedor un comportamiento no equívoco.

-395 bis- d) Abandono de una parte de la cosa poseida.

Puede recaer el abandono sobre el todo o sobre una parte corporal de la cosa, con tal de que ésta esté bien delimitada (ej. parte de un fundo que se encuentra más allá de un río).⁹¹⁾

No puede recaer en cambio sobre una parte ideal de la cosa (cuota),⁹²⁾ si proviene del poseedor exclusivo. Pero tratándose de coposeedores, cada uno de ellos puede abandonar la posesión de la parte ideal de la cosa que le correspondió (comp.art.450 y 399 C.c.).

-396- Efectos del abandono de la cosa en relación con la posesión ad usucapionem.

El abandono interrumpe la posesión ad usucapionem desde el momento en que se produce.⁹³⁾ Si posteriormente se recupera la cosa comienza un nuevo periodo de usucapión, aunque ella haya permanecido vacante en el tiempo intermedio.⁹⁴⁾

Favorece directamente al titular del derecho, en cuanto pone término a la usucapión que minaba su titularidad. En cambio perjudica a los acreedores y a cuantos estén interesados en hacer valer la prescripción: Pero éstos no tienen reconocido un derecho para impugnarlo, ya que la cosa no ha ingresado aún en el patrimonio del deudor (cfr. art. 1937).⁹⁵⁾

El que hemos denominado abandono impuesto sigue un régimen diferente, según se indica en otro lugar:⁹⁶⁾ No es posible en-

cuadrarlo plenamente en las formas normales de abandono, ya que tiene cierto paralelismo con el despojo. Por eso se restringe su eficacia para hacer perder la posesión.

-397- Prueba del abandono

El abandono no se presume, y deberá probarse por todo aquél que esté interesado en su existencia: Lo está, en primer término, el antiguo titular, para demostrar la interrupción de la prescripción contraria a su derecho. La prueba será necesaria para contrarrestar la presunción de continuidad con que favorece el Código a la posesión. Y como la misma se desenvuelve con referencia a cada uno de los elementos de la posesión (corpus y animus) será necesario demostrar la ausencia de ambos elementos, sobre todo cuando la persistencia de uno podría desmentir el cese del otro. "Quando quis possidet, corpore, et animo, non amittit possessionem solo animo, sed oportet quod exeat etiam corpore a fundo"⁹⁷).

La confesión del propio poseedor, no será suficiente para probar el abandono, si el mismo perjudica a otros sujetos, a los cuales se opone este medio de prueba (comp.art.1232 y1937 C.c.).

De ser necesaria la prueba deberán tenerse en cuenta, respecto a ella, los extremos siguientes:

Aunque la falta de voluntad convierta en un mero contacto fáctico a la posesión, se reputa subsistente aquélla y cualificada por el mismo concepto en que adquirió (art.436), mientras existe el poder posesorio. Por otra parte es de sobra conocida la tendencia del Ordenamiento a dar continuidad al corpus possessionis. Por ejemplo las cosas que se encuentran fuera del

ámbito especial en que se presume su posesión, han de considerarse perdidas más que abandonadas (comp.art.615).

La declaración del poseedor debe valorarse con arreglo a su comportamiento: Resulta carente de sentido una manifestación de abandono que no suponga una retirada material con respecto a la cosa. Mayores dificultades ha de plantearnos el tema de las presunciones fijadas por el Derecho con referencia al poder material. ¿Es posible que tenga plena eficacia jurídica una declaración abdicativa de la posesión, si el Derecho, considerando la localización del objeto, sigue presumiendo la posesión del mismo? (vid.art.449 C.c.). La permanencia del objeto dentro del ámbito posesorio exclusivo de un poseedor no impide el abandono del mismo con tal de que se contrarreste expresivamente la presunción de posesión.

-398- 2.- Posesión de tercero contra la voluntad del poseedor

Inspirándose en el artículo 482,4º del Código Civil portugués (antiguo), dispone nuestro Código Civil:

"El poseedor puede perder su posesión:

Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del anterior poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año" (art.460,4º).

La posesión tiene un certero límite en la tenencia contradictoria de otro sujeto, y ya que ésta es un hecho y hay que reconocerlo, en principio, en quien efectivamente radica aunque debamos corregir la dureza de esta afirmación cuando de haya llega

do al estado posesorio contrariando la voluntad del anterior poseedor. En este caso, precisamente por la perturbación que se causa al orden jurídico, debe hacerse una excepción, otorgando al despojado los efectos posesorios y entre ellos el de usucapir (art.1944), durante el periodo de subsistencia de la acción recuperatoria (art.1653-I Lec.). El Derecho prefiere así, una vez más, proteger los intereses de quienes merezcan su tutela, al desenvolvimiento lógico-formal de los conceptos.

-399- Requisitos de esta causa de interrupción posesoria

Pueden agruparse en tres apartados: Posesión contra la voluntad del anterior poseedor; intención, en el que ocupa la cosa, de tomarla para sí; transcurso de un año.

1º.- Posesión incontestada.

La fórmula léxica empleada por el 460,4º, "posesión de otro contra la voluntad", es extensible, por su amplitud, a toda posesión en cuya adquisición no haya precedido el consentimiento del poseedor o subseguido su ratificación (recordemos la entrega por el uso consentido, art.1464 C.c.).

Incontestada, es por tanto, la posesión obtenida subsistiendo la voluntad posesoria precedente y como ella debe ser patente no sólo debe requerirse esta subsistencia, añadiéndose a ella el requisito de la manifestación, capaz de crear a través de la situación de la cosa, un signo indicativo de que la misma no está abandonada. De aquí la importancia de los signos de abandono. Aunque éstos no correspondan a la verdadera intención del sujeto,

se han de tener en cuenta como punto de apoyo de la buena fe del ocupante. Si se ocupa la cosa ignorando que sigue poseída (art.433) y tal ignorancia se apoya en hechos que contrastados socialmente son base suficiente de ella, no se puede incurrir en despojo. Por el contrario, si el objeto no denota por su si tuación el abandono del poseedor, sino el olvido o extravío, su ocupación contraría su voluntad posesoria y está incursa en el régimen jurídico previsto por el artículo 460,4º.⁹⁸⁾

No es suficiente para justificar la ocupación incontestada, que exista un título obligacional que de derecho a la cosa, por que tal título sólo engendra una obligación de dar, cuyo cumplimiento exige un comportamiento del obligado (puesta en poder y posesión, artículo 1462 C.c.) o al menos su consentimiento (uso consentido, art.1463 C.c.). Por ello el comprador que toma por sí mismo la cosa, vendida, sin que medie entrega, ni adquiere la titularidad, ni lo que más nos interesa la posesión ad usucapionem.⁹⁹⁾

-400- 2º.- Intención del ocupante de tomar la cosa para sí.

Junto a la falta de voluntad del poseedor anterior, esta causa de interrupción de la posesión requiere que el ocupante llegue a tener la cosa con intención de constituirse en poseedor de ella, con independencia de que el Derecho le deniegue tal con dición. Ello resulta del artículo 460,4º ("si la nueva posesión hubiese durado más de un año").

-401- 32.- Transcurso de un año

El cese en la posesión por más de un año es el elemento que potencia la eficacia del supuesto interruptor que consideramos según los antecedentes, y a pesar de la letra del artículo 1944, Se aplica con exclusividad a la pérdida por posesión de tercero.¹⁰⁰⁾ Este mismo lapso de tiempo significa en el Código la delimitación del período de subsistencia de la acción posesoria (art.1968,1º C.c..) y el de continuidad de los efectos posesorios en general y relativos a la usucapión (art.460, 4º y 1944 C.c.). Por esta razón, teniendo en cuenta que la prescripción de las acciones está sometida a normas peculiares en cuanto a su comienzo (art.1969) y causas de interrupción (art. 1973), hemos de preguntarnos ¿cómo ha de hacerse el cómputo del plazo anual según sea a los efectos de la continuación en la usucapión o a los de la prescripción de la acción recuperatoria? Y dando contestación a esta pregunta, parece deseable, aunque se trate de efectos diferentes, que ambos plazos, coincidentes en su duración, sean computados de forma paralela. Así se evita el que subsista la acción recuperatoria, después de que por el transcurso de un año, contado de fecha a fecha, se hayan reconocido en el ocupante los efectos de la posesión que, con posterioridad al despojo, continuaron atribuidos al anterior poseedor. Partiendo de esta equivalencia debemos indagar sobre la forma adecuada de hacer este cómputo.

-402- Comienzo del cómputo del año

A propósito del comienzo del plazo de prescripción de acciones, el Código Civil dispone:

"El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" (art. 1969, C.c.).¹⁰¹⁾

Este precepto no es aplicable a nuestro caso, puesto que existe una disposición especial, y según se infiere de ella, en los juicios típicamente posesorios, los interdictos, cuya finalidad es la conservación o recuperación de la posesión del objeto (vid. arts. 1651, 1658 Lec.), el Juez admitirá la demanda y acordará recibir la información, si aparece presentada aquélla antes de que haya transcurrido un año, "a contar desde el acto que la ocasione" (art. 1653 Lec.) En esta regulación del plazo de interposición de la acción interdictal, se reconoce un régimen especial para el cómputo del año que extingue la acción posesoria, y aunque el mismo sea un tanto automático, por contarse de fecha a fecha se atempera en contacto con otros preceptos sustantivos referentes a la materia. A este propósito dispone el Código Civil:

"Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión" (art. 444).

Aunque sea rotunda la forma léxica de este artículo, no podemos pensar que los actos que en él se mencionan, no afectan,

en nada, a la posesión o lo hacen de igual manera. Los meramente tolerados, en cuanto no son realizados en concepto de dueño (art. 447 y 1942), impiden siempre la usucapión. Los clandestinos, en cuanto sigan siendo tales, no afectan a la posesión. Y los ejecutados con violencia, si sirven para engendrar una nueva situación posesoria, pueden contradecirse procesalmente, durante un año cuyo cómputo comienza desde la comisión del acto mismo.¹⁰²⁾

Volvamos a la ocupación clandestina: Su desconocimiento por el poseedor, que actúa con la diligencia normal, no afecta a la posesión. A este propósito se reitera un ejemplo ya clásico. El dueño de un terreno,, para ensanchar sus sótanos excava el suelo de su vecino, sin darle a éste motivo para que lo perciba. La clandestinidad de la usurpación, impide que llegue a afectar a la posesión del usurpado, y el cómputo del año sólo puede comenzarse cuando estas actividades llegan a conocimiento del poseedor invadido, o puedan ser conocidas por el mismo por ser de conocimiento general.¹⁰³⁾

No puede aplicarse al caso que consideramos, el concepto de tenencia posesoria, cifrado en la persistente situación del objeto en accesibilidad al poseedor, pues no obstante la ocupación clandestina se sigue atribuyendo la posesión al antiguo poseedor. Las peculiares circunstancias del caso han hecho aconsejable esta solución. Si no es suficiente la diligencia normal del poseedor para descubrir la inmisión ajena, por ser oculta, la pugna de intereses habrá de ceder en su favor por ser la parte que obra con arreglo a la buena fe. Otra solución, quizá más

cercana a una lógica matemática, sería inadecuada para la efectiva protección jurídica.

-403- Posible interrupción del cómputo del año

A propósito de la interrupción de la prescripción se pone de nuevo a prueba el paralelismo entre el plazo de conservación de la posesión por el despojado y el de prescripción de la acción recuperatoria de la posesión.

El artículo 1973, que regula en el Código Civil la materia referente a la prescripción de acciones, no es aplicable a las interdictales, pues la Ley de enjuiciamiento civil, aunque anterior al Código, regula con carácter especial esta materia, por lo cual, su normativa debe prevalecer ante la general del Código Civil.¹⁰⁴⁾

En este sentido es bastante rotundo el texto del artículo 1653, LEJ. No admite más causa de interrupción que la propia presentación de la demanda interdictal.

El ejercicio de la acción posesoria, mediante la presentación de la demanda interdictal, interrumpe la prescripción de esta acción (comp.art.1973 C.c.), sin que sea necesario que, como sucede en la prescripción adquisitiva (comp.art.1945 C.c.), medie citación judicial.¹⁰⁵⁾ Al mantenerse viva la acción recuperatoria, incluso si el juicio posesorio se desarrolla con posterioridad al año, ella actúa de rechazo sobre los efectos posesorios que se venían atribuyendo al despojado: Si la demanda ha logrado mantener viva la acción posesoria del demandante, es por

que impide que con el transcurso de un año adquiriera el usurpador un derecho al mantenimiento en la posesión, que pueda prevalecer sobre el del despojado. Al amparo de este derecho se podrá continuar la usucapión que derivará de la posesión usurpada, incluso transcurrido un año desde el despojo. Aunque la usucapión se consuma respecto del titular, que no tiene nada que ver con el despojo, al despojado le alcanza la continuidad de la posesión arrebatada, pues a través de ella se protege su mejor derecho con respecto a los efectos posesorios, frente a quien ha incurrido en un comportamiento antijurídico.

Si tras del interdicto se dicta una sentencia favorable al despojado, que lleve consigo la reposición inmediata en la posesión de hecho (art.1658 Lec), se asegura la continuidad de la posesión ad usucapionem. Y si el pronunciamiento fuera desfavorable, habrá de considerarse al pretendido despojo como inexistente, y la interrupción en la posesión y usucapión se produce desde el momento en que dejó de tenerse materialmente la cosa. La usucapión que hubiera podido consumarse en el tiempo intermedio no es válida.

Como ya hemos destacado no es de aplicar aquí el artículo 1945, que sitúa la interrupción de la usucapión en la citación judicial en lugar de en la demanda, porque el mismo está referido a la interrupción de la posesión para usucapir, y en el caso que tratamos la interrupción no recae sobre tal tipo de posesión. En nuestro caso se trata de interrumpir una acción y a propósito de éstas, es suficiente para nuestro Código Civil, su ejercicio ante los Tribunales (art.1973 C.c.).

-404- Efectos

Por el encuadre que hemos dado a esta forma de perder la posesión podemos ya suponer que su primordial efecto es interrumpir el curso de la usucapión. Para que el mismo se produzca es necesario que transcurra un año computado con arreglo a los criterios ya dados (cfr. art. 1944 C.c.), durante el cual el despojado podría completar el tiempo de usucapión, sin llegar a recuperar la cosa. La reclamación posterior del objeto sería, en este caso consecuencia de la titularidad obtenida (art. 348, II, C.c.).¹⁰⁶⁾

-405- Efectos del despojo sobre la continuidad de la posesión

La interrupción de la posesión del despojado tiene lugar también cuando el despojannte haya incidido en un comportamiento delictivo (art. 1955 C.c.): El artículo 1944 señala en el año el límite de conservación de la posesión sin tenencia.¹⁰⁷⁾ Otra solución que al abrigo del 1956 defendiera la subsistencia de la posesión mientras subsistan los efectos del delito desvirtuaría el sentido de la posesión. Además obsérvese que de este precepto no se desprende más que la imposibilidad de alegar la usucapión antes de estar prescritas las acciones de la responsabilidad derivada del delito: Ello no impide que el despojannte, en este caso, goce de la posesión ad usucapionem, con tal de que la titularidad derivada de la misma no se oponga con anterioridad a la extinción de las responsabilidades civil y criminal.

-406- Recuperación de la cosa por el despojado con posterioridad al transcurso del año.

La recuperación de la posesión ya perdida, por haber transcurrido más de un año desde que se dejó de tener la cosa, puede todavía favorecer a la usucapión de dos maneras.

1ª.- El usucapiente despojado sólo tendrá que probar la posesión anterior a la pérdida (art.459 C.c.), y se presume, con ello, la continuidad de la misma hasta el momento actual. Incumbe a la parte contraria demostrar que la posesión estuvo interrumpida en el tiempo intermedio (art.1960,2º y 459 C.c.). Así se aplica en esta materia la regla jurídica: Probatis extremis praesumuntur probata media.

2ª.- Al recuperar la cosa se toma en consideración todavía, la causa de la pérdida, y al poderse calificar a la misma, en este caso, de indebida es posible aplicar el régimen jurídico del artículo 466 del C.c.

Demostrada por el despojante la falta de posesión en el tiempo intermedio, toca al despojado probar que la pérdida fue indebida y que la recuperación se hizo con arreglo a Derecho. Si así procede, se entenderá que ha disfrutado de la cosa sin interrupción incluso a efectos de usucapir (art.466 C.c., para todos los efectos).

-407- Momento de iniciar el despojante la posesión ad usucapionem

El beneficio que supone la continuación de la posesión ad usucapionem por el despojado, durante un año, parece impedir que el usurpador comience en ese período de tiempo a usucapir. Aunque ilustres autores hayan entendido lo contrario¹⁰⁸⁾ convendría llamar la atención sobre las razones que podrían apoyar una solución diferente.

Adviértase, en primer término, que la solución no tiene necesariamente que coincidir respecto a la usucapión, con la dada para otros efectos posesorios. En el orden interdictal cabe una posesión relativa, en el de la usucapión no. Respecto a los interdictos se puede reconocer al despojante una posesión frente a toda la comunidad, basada en la obligación de respetar la posesión ajena (art.446) y negar la existencia de verdadera situación posesoria frente al despojado, si al mismo se reconoce, como es preciso hacerlo, un derecho mejor (art.441,460,42). En el orden de la usucapión la posesión ha de reconocerse a un sólo sujeto, pues este efecto tiene carácter absoluto: no debe favorecer simultáneamente al despojante y despojado.

El artículo 445 del Código Civil dispone a este tenor:

"La posesión como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión".

Podría pensarse que al referirse el mismo a la posesión "como hecho" no impide que coexistan dos posesiones, compartiendo el efecto de la usucapión, cuando una de ellas, cual sería la del despojado, tenga carácter incorporal, y no se base en un hecho. Pero

esta interpretación no es demasiado convincente. El que una posesión sea irreconciliable con otra que se mantiene en el mismo concepto y se ejerce sobre el mismo objeto, no se debe tanto a la imposibilidad física de que la cosa pueda aprovecharse por dos personas, por inconciliabilidad de los aprovechamientos recíprocos,¹⁰⁹⁾ cuanto a la incompatibilidad jurídica de las consecuencias que de ambas posesiones pueden derivarse. La expresión legal, "como hecho", que acompaña en el artículo 445 a la posesión, no se refiere a la naturaleza fáctica del hecho, sino al carácter jurídico del mismo, que, en cuanto acotado por el Derecho, es el supuesto fáctico de determinadas consecuencias jurídicas. Más exactamente podría decirse: La posesión en cuanto su puesto de hecho de unas concretas consecuencias jurídicas, no puede reconocerse en dos personas distintas. No contradice esto a lo que hemos advertido a propósito del carácter relativo de la posesión interdictal, pues también en este caso la protección concedida a un sujeto, tiene por contrapartida la negación de la misma en otra persona (jerarquía de posesiones: despojado, despojante, terceros).

Entre las consecuencias jurídicamente incompatibles, de la posesión se encuentra la usucapión, aunque por ser el menor de sus plazos, de tres años, no es posible en la práctica que en un mismo año se consumen las adquisiciones del despojante y despoj^uado.

Tampoco sería razonable que el ordenamiento jurídico vetase por un lado toda actuación contraria a la voluntad del poseedor (arts. 441, 444, 446, 460-42, 1944 C.c.) y por otro otorgarse el importante beneficio de comenzar la usucapión. Porque, bien es cierto, que el nuevo poseedor puede no haber cometido delito, caso en el cual no habría dudas por el pronunciamiento del artículo 1956, y haber obrado incluso de buena fe, pero ésta aunque pudiera comportarle la adquisición de los frutos (art. 451 C.c.), no bastaría para que inicie la usucapión, porque objetivamente, quiera o no, ha lesionado el orden jurídico posesorio. Por esto, incluso aunque el desposeído no haya reclamado la cosa, no se puede reconocer, durante un año, en la nueva posesión, el efecto de usucapir.

Por otra parte el mismo dueño, que podría indirectamente estar interesado en la interrupción de la posesión del despojado, ¹¹⁰⁾ no lo está en que el usurpador se haga poseedor ad usucapionem antes de haber transcurrido el año, porque ello adelantaría la pérdida de su derecho.

La misma sociedad tiene que ver con recelo la usucapión que se ampara tras los actos lesivos del orden posesorio establecido. Es preciso que el tiempo restablezca el desequilibrio causado por esta perturbación.

-408- La adquisición de la posesión de la cosa por tercero de buena fe: repercusiones sobre la posesión que conserva el despojado

Se ha considerado por GARCIA VALDECASAS, que el despojado sigue conservando su posesión, no sólo frente al despojante, sino

también frente a cualquier otro poseedor posterior.¹¹¹⁾ Es cierto que tal afirmación se refiere fundamentalmente al plano de la posesión interdictal, pero el problema que ella nos sugiere está planteado también con respecto a la usucapión. Las dudas no se ofrecen en cuanto al ocupante de mala fe, porque participa en el despojo. Pero, a propósito del de buena fe, convendría preguntarse, con cierto detenimiento, si adquiere inmediatamente la posesión, comenzando a usucapir en perjuicio del despojado, con la consiguiente interrupción de la posesión incorporal que este sujeto conservaba (art.1944 C.c.)

Pese a la significación jurídica de la buena fe de quien ocupa la cosa,¹¹²⁾ no debe ella alcanzar a interrumpir la usucapión del despojado, porque sería, también, lesionar el orden jurídico de la posesión. Este requiere no sólo que sea respetada mientras subsiste corporalmente, sino también que por inercia sea persistentemente atribuida al poseedor durante el periodo concedido al mismo para que utilice los medios pertinentes a su restablecimiento.

La privación ilegal es también una excepción al significado que se atribuye a la buena fe en el artículo 464 del Código Civil.

-409- Asimilación al despojo de la interversión de la posesión

En cuanto a la posesión "ad usucapionem", la interversión debe ser asimilada al despojo, pues, aunque el intervertiente ya tuviere la tenencia de la cosa, no era poseedor en concepto de dueño, con posibilidad de usucapir (art.447, 1942 C.c.; ej. con-

dición de arrendatario), o lo era con respecto a un derecho distinto del que, tras la interversión, se propone usucapir (usufructuario que comienza a poseer como propietario).

La interversión unilateral que ha merecido en todo momento la repulsa del Derecho, puede ser encuadrado en nuestro Derecho entre las adquisiciones posesorias efectuadas contra la voluntad del anterior poseedor. "La posesión de otro", expresión empleada por el artículo 4660,42, se debe referir, en relación con la posesión ad usucapioonem, al conjunto de los ingredientes jurídicos que la integran: tenencia y concepto en que éste se ejerce. La consecuencia de esta asimilación es, que el poseedor intervertido conserva, por un año, la situación posesoria que ve nía disfrutando con anterioridad a la interversión, y que el intervertiente no comienza a usucapir hasta que transcurra el mismo período de tiempo.

Conviene recordar en este lugar, las dificultades que encuentra la interversión, en la presunción de continuidad del concepto en que se adquirió la posesión, fijada en el artículo 436 C.c.¹¹³⁾

-410+ Régimen jurídico de algunos supuestos particulares

A continuación será útil aludir a algunos concretos supuestos que ofrecen peculiaridades dignas de tenerse en cuenta.

-411- a) Sucesivas desposesiones.

Si al primer acto de desposesión, contra el poseedor usucapiente, le suceden otros, dirigidos contra el sujeto que en cada momento tenga en su poder la cosa, no parece que ello tenga directa repercusión en la posesión del primer despojado; ni la interrumpe antes de transcurrir el año, ni la prolonga. De no mediar delito, cada nuevo poseedor que, sin voluntad de su predecesor, haya tomado la cosa, sea con buena o mala fe, consolidará su situación posesoria al transcurrir un año; y la perderá cuando se extinga la acción interdictal que pudiera corresponderle contra el despojante subsiguiente (art. 1944 C.c.).¹¹⁴⁾

-412- b) Supuesto de pérdida y recuperación de la posesión por el despojante, dentro del año posterior al despojo

Supongamos el ejemplo siguiente: el despojante pierde la tenencia de la cosa por él ocupada, y antes del transcurso del año en que se cometió el despojo, vuelve a recuperarla.

Sobre este ejemplo podríamos formularnos tres cuestiones que vamos a desarrollar sucesivamente.

La primera de ellas versa sobre la propia situación posesoria del despojante: ¿se puede favorecer de ese tiempo intermedio para adquirir la posesión ad usucapionem, si en el mismo no ha poseído? Con arreglo a los principios de nuestro Derecho, la respuesta debe ser afirmativa. Es una manifestación de la eficacia del artículo 466, cuya condiciones de aplicabilidad se dan en el caso expuesto. En efecto es indebida la pérdida, cuando se pro-

duce involuntariamente, y ese efecto que redundará en beneficio del poseedor (art.466), el poder sanar a través del tiempo, la situación posesoria originariamente antijurídica.

La única dificultad que podría surgir a este propósito es, que el artículo 466 se refiere al poseedor, y tal vez el usurpador no pudiera ser calificado de tal, hasta pasado un año de su ocupación. Mas tal obstáculo es salvable, porque el Código Civil emplea el término posesión aplicado a situaciones equiparables a ella sólo en el sentido material (tenencia). Así en los artículos 430, 446, 460-42 fundamentalmente, y también en el 441, 443 y 449.

A propósito de la segunda cuestión, cifrada en si la acción y situación posesoria del despojado se han de extinguir al cabo del año, pese a haber perdido el despojante la cosa, parece que se ha de optar por la respuesta afirmativa.¹¹⁵⁾ Así debe ser, porque la acción recuperatoria que marca la pauta de conservación de los efectos posesorios (comp.460,42, además del 1944), se computa sin posible interrupción (conf.art.1653, I. L.E.C.), Se cierra el paso a otra solución, cual sería entender que la pérdida de la cosa por el despojante suspende, hasta la recuperación, la prescripción de la acción interdictal, permitiendo, ello, prolongar por más de un año los efectos de la posesión primera.

La tercera cuestión se plantea en términos de si puede entenderse que el despojado ha continuado disfrutando de su situación posesoria incorporal,, en el tiempo en que el otro sujeto no

tuvo la tenencia. La dificultad que en este orden provocaría el hecho de que durante este tiempo no tuvo la tenencia. La dificultad que en este orden provocaría el hecho de que durante este tiempo no ha habido "corpus possessionis" ni en el despojante ni en el despojado,¹¹⁶⁾ se soslaya tras la recuperación, por la eficacia del artículo 4666. Este precepto que, como vimos, favorece al despojante, aprovechará también al despojado, por consecuencia de la posesión que ha entendido continua en aquél.¹¹⁷⁾

-413- c) Ocupación y abandono sin recuperación

Empecemos por un ejemplo bastante corriente en nuestra sociedad. A, toma un vehículo, que tenía un poseedor "ad usucapionem", sin el consentimiento de éste, utilizándolo para un determinado uso, después del cual, lo deja abandonado (hurto de uso).

Dejando aparte las implicaciones penales del ejemplo y las del efecto de la inmatriculación administrativa, en el campo posesorio, el comportamiento de A, se caracteriza como un despojo realizado contra un poseedor usucapiente. Como consecuencia del mismo, no se interrumpe la posesión aunque se deje de tener el objeto. Mas acaecido el abandono, después de la utilización del objeto, éste dejará de poseerse, por despojante y despojado. El despojado produjo el nacimiento de la acción recuperatoria, y aunque tras el abandono no pueda ésta interponerse por falta de sujeto pasivamente legitimado, ella no se extinguirá, pudiendo, por quedar latente, revivir eventualmente. Esta persistencia de la acción, permite que se atribuya al despojado, durante un año,

la continuidad en la usucapión.

El artículo 1944 no condiciona la persistencia de la posesión durante un año a la subsistencia de la posesión en el despojante. Tal condicionamiento equivaldría a reconocer en estos casos una situación de mediación posesoria, en la que se apoyara la subsistencia de la posesión del despojado. Este enfoque no es exacto; la tenencia del despojante y la posesión incorporal del despojado se sitúan frente a frente y contradictorias (comp.art.445). El Derecho que crea la situación posesoria del despojado, a pesar de carecer de la posesión natural (arts.460,4º y 1944), la prefiere.

La posesión incorporal del despojado subsiste aunque el despojante deje de poseer, porque se trata de un tipo de posesión reconocido por el Derecho con autonomía. La ocupación de tercero, aunque no engendre consecuencias penales, será un ataque objetivo a esta posesión que impide la adquisición hasta que no se extinga la situación anterior (art.1944). La buena fe del ocupante no es relevante en este caso para atribuir la posesión, y sí ha de serlo, en cambio, cuando se apoye y traiga causa de posesión de otro sujeto, aunque sea el que cometió el despojo.(comp.art.448 C.c.).

-414- d) Transmisión de la posesión a tercero por el mismo usurpador.

Si el usurpador transmitiera la tenencia de la cosa antes de haber obtenido la posesión por el transcurso de un año, interrompería el despojado, desde ese instante, su posesión incorporal. La cuestión, que no está directamente resuelta por

nuestro Código Civil, quedda regulada a través de los Principios Generales que le inspiran.. Para una situación adecuada será conveniente tener presentes los tres tipos de "intereses" que entran en colisión.

De un lado el del poseedor despojado, reconocido en sí mismo, como superior al del despojante (comp.art.460,4º;1944 C.c.). Por eso ni este sujeto, ni quien como él, conserve la cosa teniendo conocimiento de la agresión (mala fe), puede hacerse poseedor digno de usucapir, en tanto que el despojado siga conservando su posesión incorporal.

De otro lado se encuentra el interés del "adquirente" de la posesión con buena fe, el cual, respecto a ella, no debe sufrir la consecuencia de la que viciosamente tuviera su causante, al no tener conocimiento del vicio (comp.art.442 C.c.).¹¹⁸⁾ Adviértase que la buena fe se appoya en la apariencia jurídica que significa toda posesión (comp.art.448 C.c.), y la del usurpador puede también aparecer como el legítimo ejercicio de un derecho. Ileso por tanto de los vicios precedentes, la posesión adquirida por tercero puede convertirse en verdadera posesión ad usucapionem, originando la pérdida de ella que tuviese el despojado.

La seguridad del tráfico jurídico y la protección que merece la confianza en la apariencia que la posesión comporta, justifican y aconsejan esta excepción a la regla general de continuidad en la posesión del despojado. Se descubre aquí una jerarquía de intereses: Los del despojado prevalecen sobre los de su perturbador; y los generales del tráfico sobre cualquiera otro

individual, que pueda corresponder a estos mencionados sujetos.

-415- e) Recuperación de la cosa por el propietario

Si el propietario, descubriendo a la persona que tiene su cosa, (poseedor ad usucapionem), se la quitase, ¿se interrumpiría por esta recuperación la posesión del usucapiente? ¿Sería igualmente necesario el transcurso del año?

La respuesta a estos interrogantes se condiciona al derecho que pueda tener el propietario para privar de la cosa al poseedor, por las vías de hecho. El caso está previsto en el Código francés, en el cual, aunque sea el mismo propietario el causante de la privación posesoria, no se interrumpe, de momento, la prescripción (art. 2.243 C.c. francés). Aunque no está directamente regulado en nuestro Derecho, creemos que la solución debe ser parecida (cfr. art. 441 y 1944 C.c.).

El ser propietario no justifica la autotutela, cuando el tenedor se "resiste" a la entrega de la cosa (comp. art. 441 C.c.). Además, muchas veces no estando declarado el título por sentencia, sería el propio interesado quién juzgase sobre el valor del mismo (titular putativo), con enormes perturbaciones para la seguridad jurídica. Por eso tan sólo se justifica en el Código la toma de posesión, a propia instancia, si el poseedor no se opone o resiste a la entrega (v. art. 441 C.c.).¹¹⁹

-416- IV.- Interrupción civil de la posesión

Introducción

La interrupción civil se regula en nuestro Código, en los artículos 1945 a 1948. En ellos, se distinguen claramente, dos formas interruptivas, según provenga la iniciativa, del poseedor mismo (interrupción por reconocimiento del derecho del dueño: artículo 1948), o de otro sujeto (interrupción por interposición judicial: artículos 1945 a 1947). El carácter unitario se averigua no obstante en ambas formas, justificando su agrupación bajo la categoría genérica de "interrupción civil" de la posesión "ad usucapiomem".

-417- Naturaleza jurídica

La interrupción civil de la posesión que conduce a la usucapción tiene su fundamento en la interversión del concepto en que se posee, la cual necesariamente se produce, cuando las causas que la originan adquieren estado definitivo: Hay interversión posesoria, cuando, tras la citación judicial dirigida al poseedor, se llega a la estimación jurisdiccional de la demanda. O cuando el mismo poseedor reconoce, por sí, el derecho del dueño. Antes de producirse la interversión definitiva del título, por efecto de la sentencia estimatoria de la demanda presentada contra el poseedor, hay un período, que podríamos llamar de duda, en el cual no se sabe aún si prosperará la demanda. La interversión se produce desde el momento en que el

pronunciamiento judicial resuelve, definitivamente la cuestión,¹²⁰⁾ pero se retrotrae a un hecho anterior (arts. 1945 y 1947 C.c.).

De los artículos 1945 a 1947 del Código se infiere, que ni el "acto de conciliación" (art.1947), ni la "citación judicial" (art.1945), producen, por si y de manera definitiva, la interrupción civil. Sólomente, hablando con propiedad, se produce la interrupción de la posesión, si el acto de conciliación desemboca en la interposición de una demanda, dentro de dos meses de celebrado, o si, la citación judicial termina en sentencia estimatoria de la demanda (vid.art.1946 C.c.). Hay que rechazar como explicación, que aquí haya una privación judicial de la posesión (DIEZ PICAZO),¹²¹⁾ porque si la sentencia no se ejecuta, la posesión continúa. Y además, porque sería, en tal caso, la ejecución y no la sentencia estimatoria lo que provocaría el estado definitivo de posesión interrumpida, lo cual no se aviene con el artículo 1946, 3º (sensu contrario).

Tampoco parece exacto pensar que la interrupción civil no sea interrupción de la posesión, sino sólo "un criterio con que han de ser valorados los intereses en conflicto".¹²²⁾ Pues tal significación contradice a la terminología del Código (art.1943) y al sentido posesorio que se atribuye en el mismo a las formas de interrupción civil. No es adecuado sostener en el Derecho español, como hace ALBALADEJO, que la interrupción civil no afecta a la posesión sino al efecto de la usucapión.¹²³⁾

-418- Formas de interrupción civil:

A.- Carácter taxativo de las mismas

La primera cuestión que nos plantean las formas de interrupción civil de la posesión ad usucapionem que refiere el Código, es determinar su carácter taxativo o ampliable. La cuestión es importante, y en ella repercute la postura previamente adoptada, en cuanto al fundamento de la interrupción civil de la posesión "ad usucapionem", lo cual está a su vez influido por las valoraciones que merezcan, en el Ordenamiento, las situaciones del titular sin posesión (en vías de perder su derecho) y de poseedor "ad usucapionem".

Sólo a través del auxilio de la Autoridad competente puede el titular, hacer valer su mejor derecho sobre el poseedor (art. 441). Además, la titularidad de un derecho subjetivo no resulta defendida de oficio: "Es una situación jurídicamente protegida, como indica el Profesor DE CASTRO, cuya defensa se deja, en general a la iniciativa del sujeto que la puede ejercitar por sí mismo o solicitando a su favor la interversión judicial o administrativa".¹²⁴⁾ Esta protección choca con dificultades tratándose de un titular no poseedor: la titularidad no se presume en él, y ha de probarse (comp. art. 448). Por otra parte la situación de poseedor por crear una apariencia basada en el título o al menos en los actos posesorios, está favorecida jurídicamente con el beneficio de la persistencia presuntiva (art. 446), a la cual se liga también una presunción de titularidad, que opera con mayor o menor intensidad según los efectos que de ella se

intentan extraer (v.art.448: exhibición de título: art.464: adquisición "a non domino" en los muebles; art.34 y 38 L.H. para inmuebles; art.1954 prescripción ordinaria). En particular, es el artículo 448 el que más directamente favorece al poseedor "ad usucapionem" (que es en concepto de dueño), impidiendo que cualquier persona que se crea titular pueda por sí misma apreciar su mejor derecho a poseer, obligando al poseedor usucapiente a mostrarle el título. El 441 impide también, aun en los casos en que no ofrezca dudas el mejor derecho a poseer del no poseedor, que sus actos atemten contra la posesión contrariando la voluntad del poseedor actual.

De lo anterior se pueden extraer algunas consecuencias en relación con las formas de interrumpirse civilmente la posesión "ad usucapionem".

12.- Como la protección de los derechos subjetivos se encuentra al titular, sólo podrá producirse la interrupción de la posesión por la actividad del mismo tendente a tal resultado. La protección indirecta, que resulta de la necesidad de que el poseedor exhiba el título cuando actúe frente a la Administración (ej.inscripción en el Registro), no afecta indirectamente a la continuidad de la posesión, ¹²⁵⁾ en beneficio del titular. Porque el poseedor, al no poder presentar un título, no queda directamente perjudicado: se le priva de la posición más ventajosa que hubiera podido obtener.

2a.- No basta una intervención cualquiera del titular. A diferencia de la prescripción extintiva, basada, fundamentalmente, en la inactividad del acreedor,¹²⁶⁾ la adquisitiva se apoya en el estado posesorio, realidad contra la cual no puede el titular luchar por cualquier medio, si no es por los que el Derecho le ofrece para destruirla, atacándola en sus elementos capitales (corpus, concepto de dueño).

Tratándose de interrupción civil se ataca a la posesión, destruyendo la persistencia del signo jurídico que la hace apta para el efecto de usucapir, es decir el título.

3a.- Si el poseedor "ad usucapionem" está favorecido por la presunción de que su posesión persiste en el concepto en que la adquirió, de manera que su cuño jurídico se continúa hasta tanto se pruebe la interversión (art.436 C.c.), de no interrumpirse ésta por la actividad unilateral y voluntaria del poseedor (art.1948), sólo se podrá interrumpir, contra la voluntad del mismo, si se cambia, por virtud de un nuevo título, el signo jurídico de la posesión, y si este título es de tal naturaleza que puede oponerse al poseedor mismo.

Para que el nuevo título tenga esa eficacia configuradora por no ser bilateral y afectar a la posesión, deberá emanar de un pronunciamiento de la Autoridad competente, que en este caso es la judicial (comp.art.441 C.c.). Sólo el pronunciamiento de ésta referido a un derecho contrario al del poseedor y capaz de crear cosa juzgada, puede cambiar el título de la posesión, e interrumpirla porque se reserva a la Autoridad judicial, la

potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles (art.2 L. Orgánica Poder Judicial). El pronunciamiento de cualquier Organismo de la Administración, no determina, directamente, un cambio en el título por el cual se posee (ej. si el Registrador de la Propiedad no inscribe el título del poseedor "ad usucapionem" y sí el del titular, no poseedor), ni aun cuando este pronunciamiento administrativo se haga sobre un derecho propio.¹²⁷⁾

En el Código Civil sólo se menciona, a la situación judicial que termine en sentencia estimatoria (art.1945, 1946) y al acto de conciliación, como medios para interrumpir civilmente la posesión, contra la voluntad del poseedor.

4a.- La reclamación extrajudicial, que es suficiente para interrumpir la prescripción extintiva de las acciones (art.1973 C.c.), no es en cambio, medio apto para la interrupción de la usucapión, porque esta reclamación no actúa sobre la situación posesoria. Tal interpelación podría, a lo más, causar la interrupción de la buena fe, y aún este efecto no siempre se produce (ej. el poseedor sigue creyendo que el reclamante tiene menos derecho que él, por apreciar de otra manera las pruebas que éste le presente).¹²⁸

5a.- Las demás formas de reclamación judicial (ej. demanda de pobreza, embargo preventivo...) sólo producirán interrupción civil de la posesión, si manifiesta, clara e inequívocamente, la voluntad de postular la intervención judicial que culmina en una sentencia, pues sólo tal forma de pronunciamiento jurisdiccional es apta para intervertir el antiguo concepto en que se tenía la

posesión. Además, el acto al cual se pretendan retrotraer los efectos de la sentencia interruptiva, deberá estar directamente encaminado a la obtención de la misma.

-419- B. Operatividad interruptiva de las formas de interrupción civil

Como ya hemos indicado la interrupción civil afecta a la posesión "ad usucapionem", a través de la interversión del concepto de la misma, sin producir cambios en el hecho jurídico de la tenencia (corpus). Convendrá comprobar la forma concreta de operarse esta eficacia interruptiva, en cada una de sus formas.

a) En la interpelación judicial, la sentencia estimatoria de la demanda viene a sustituir al título que hasta entonces configuraba a la posesión, determinando desde ese momento, el nuevo concepto en que la misma se tiene. La presunción de continuidad del concepto posesorio (art.436) queda contradicha por la sentencia, nuevo elemento configurador de la posesión, a favor del cual opera, a su vez, la misma presunción de persistencia. El juego de esta presunción, respecto a la sentencia, tendrá que coordinarse con el carácter fáctico que tiene toda posesión, y por ello, si el poseedor sigue conservando la cosa, podrá volverla a intervertir (unilateralmente), atacando el valor configurador de la sentencia. Pero en este caso, el cómputo del plazo de usucapión se inicia de nuevo, incumbiendo al poseedor la carga de la prueba de esta nueva interversión, que contradice a la continuidad jurídica de la sentencia (comp.art.436).

b) La razón por la cual el reconocimiento al derecho del dueño interrumpe también la usucapión, se cifra, igualmente, en que tal reconocimiento intervierte necesariamente, el título de posesión, característica genérica de todas las formas de interrupción civil.

Sin pretender, por el momento, entrar en la mecánica interruptiva de esta figura, con el sólo propósito de destacar cómo provoca la interversión, vamos a modelar dos posibilidades:

1ª. Reconocimiento sin oposición al derecho del dueño; 2ª. Reconocimiento con oposición al mismo.

El reconocimiento sin oposición, es un reconocimiento consecuente, porque respeta al derecho reconocido. Intervierte el concepto en que se venía poseyendo.

El reconocimiento con oposición implica un reconocimiento inconsecuente, pero esto no le priva de un efecto intervector, el cual, sin embargo, se neutraliza por efecto de la oposición al derecho del dueño. En este caso hay un doble juego de interversiones posesorias, practicadas por el poseedor, en direcciones contrapuestas. La primera (reconocimiento) interrumpe la usucapión, pero añadida a ésta la segunda (oposición) no llega a hacerse persistente la interversión y en la práctica se reducen los efectos, a no tomar en consideración el tiempo de posesión transcurrido hasta el reconocimiento. Este resultado no priva de sentido a la explicación general de la figura, que hemos ofrecido, pues es posible pensar que en el segundo caso ha exis

tido interrupción de la posesión, porque, al menos conceptualmente, ha mediado una declaración intervertiente, y por consecuencia, de iniciarse otra vez la usucapión, habrá de comportarse un nuevo término.

-420-

c) Análisis de las formas de interrupción civil

A.- Interrupción por sentencia judicial

Aunque el Código Civil no estudie directamente a la sentencia judicial, entre las causas interruptivas de la posesión "ad usucapionem", no hay duda de que ella produce el efecto interruptor. La citación judicial (art.1945), está condicionada en su artículo al pronunciamiento estimativo de la sentencia (art.1946, 3º). El acto de conciliación también, pues supedita su eficacia a la presentación de la demanda (art.1947).

La sentencia pronuncia el derecho que una de las partes litigantes tiene sobre la cosa litigiosa. Si el no poseedor es la parte favorecida por este pronunciamiento, dispone de un nuevo título que puede oponer a la posesión de la parte contraria, favorecido por la presunción de continuidad (art.436).

Vamos a desarrollar esta materia con un planteamiento distinto del usual entre nuestros autores. Toda ella girará en torno a la sentencia interruptiva, causa de la interrupción. Al tratar de sus efectos nos referiremos a la retroacción de los mismos al momento de la citación judicial o del acto de conciliación.

-421- 1) Requisitos de la sentencia interruptora

1º.- El pronunciamiento de la sentencia deberá declarar un derecho sobre la cosa que sea incompatible con el que representa la posesión. La doctrina, que generalmente plantea esta materia desde el ángulo de la citación judicial, se fija fundamentalmente en el tipo de acción,¹²⁹⁾ y aunque consideramos que la interrupción proviene de la sentencia, ha de reconocerse que en la acción está contenido el esquema de pronunciamiento jurisdiccional.

El pronunciamiento de la sentencia debe referirse a la titularidad de un derecho que ostenta el actor, incompatible con la posesión del demandado en concepto de dueño, por estar referida al mismo tipo de derecho. Si la sentencia proclama la propiedad en el actor, no tiene fuerza interruptora con respecto a la posesión "ad usucapionem" del usufructo u otro derecho limitado, si no se especifica en ella que el dominio reconocido está exento de gravámenes. Si en la sentencia se reconoce al actor un derecho limitado, puede el demandado continuar usucapiendo el dominio, aunque limitado por el derecho reconocido.

Se considera también interruptora la demanda sobre posesión. El Código Civil parece dar pie a ello en el artículo 1947,¹³⁰⁾ sin que haya razones suficientes que oponer, a esta primera observación, pues ^{con} tales demandas (ej. desahucio) se pretende, al menos, la declaración de un mejor derecho a poseer, que declarado, resulta incompatible con la situación posesoria del demandado.

En particular en cuanto a los interdictos, conviene advertir que no interrumpen la posesión "ad usucapionem" porque se interponen en el periodo (de un año) en que el nuevo tenedor de la cosa no la ha obtenido. Indirectamente afectan a la situación del nuevo tenedor, ya que le impiden que llegue a alcanzar, con el transcurso de un año la posesión apta para usucapir (v.art.460,4º, y 1944).

2º.- La declaración de la sentencia deberá haberse hecho en favor de la persona que allegue con posterioridad la interrupción, o su causahabiente. Esta es una peculiaridad, destacada por la doctrina, que podría denominarse eficacia relativa de la interrupción civil, cuya observación no paso, según BUSSI, inadvertida a los canonistas, como contraste del efecto general o absoluto de la interrupción natural.¹³¹⁾

DIEZ. PICAZO advierte a este propósito: "La distinción en torno a la mayor o menor amplitud del círculo de personas, a quienes pueda afectar se basa en un error. La interrupción aprovecha siempre al titular del derecho que está prescribiendo y únicamente a éste".¹³²⁾ En términos abstractos, es cierta la afirmación de este autor, pero conviene concretarla más. Además no creemos que ella sea un obstáculo a la apreciación canónica de eficacia relativa (prodest in interrupti et suis heredibus): Mientras que en la interrupción natural, el evento interruptor favorece a cualquier persona que resulte ser propietaria, en la civil, la sentencia sólo interrumpirá la prescripción en favor del

litigante victorioso que además sea titular. La sentencia que sólo declara un mejor derecho a poseer que el del poseedor actual (ej. desahucio por precario) no interrumpe la usucapión frente al sujeto de mejor derecho, si no es titular, por el efecto relativo de la interrupción civil. Es útil hablar de interrupción civil en estos casos, siquiera sea condicionadamente, hasta tanto que se demuestre si el favorecido por el pronunciamiento jurisdiccional es el verdadero titular.¹³³⁾

Los canonistas señalaron la extensión a los herederos del efecto interruptor. Creemos que debe también favorecerse con el mismo a cualquier causahabiente, sea inter vivos o mortis causa (art. 440. y 1960, 1º). Además la interrupción que favorece al titular de un derecho real ilimitado (ej. usufructo), aprovecha al nudo propietario.¹³⁴⁾

3º.- Aunque la titularidad tenga carácter absoluto, sólo se interrumpe la posesión, si la sentencia que proclama dicha titularidad proviene de un litigio en el cual fuera demandado el mismo poseedor. La sentencia, pues, debe haberse pronunciado en contra del usucapiente, porque no es tanto la abstracta declaración de un derecho lo que interrumpe la posesión, cuanto la proclamación judicial de la ausencia del mismo en un sujeto con respecto a otro.

Después de la sentencia que proclama esta falta de derecho en el poseedor, se retiene la cosa por mera tolerancia del dueño, sin que los actos que se ejecuten puedan aprovechar para la usucapión (art. 1942).

42.- Para que la sentencia produzca la interrupción, deberá ser válida. Sus requisitos de validez corresponden al Derecho Procesal.

Aunque el Código reconozca, implícitamente que es la sentencia el elemento interruptor, regula la materia desde otra perspectiva, la de los momentos a los cuales se puede retrotraer el efecto de la sentencia ((citación judicial, acto de conciliación: art.1945 a 1947): Por tomar en consideración estos momentos no menciona la necesaria validez de la sentencia y en cambio hace incapié en los requisitos de los actos interruptivos que considera (por retroacción): competencia del Juez (art.1945) solemnidades legales (art.1946,1º), presentación de la demanda dentro de dos meses del acto de conciliación (art.1947). Fácilmente se comprende la necesidad de que la sentencia sea válida. En primer lugar, porque, si del sistema de los artículos 1945 y 1946 resulta ~~ser~~ ella, en definitiva, la causa de la interrupción, carecería de eficacia jurídica de no ser válida. En segundo lugar porque si la sentencia absolutoria de la demanda (que no altera la situación anterior)) impide, ex tunc, la interrupción (art.1946,3), con la misma razón ha de impedir la sentencia que no sea capaz de producir ningún efecto jurídico, pues también mantiene el statu quo.

El artículo 1945 dispone: "La interrupción civil se produce por citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente". Podría pensarse, por la letra de este precepto, que, aunque la incompetencia del Juez provocase la invalidez de la sentencia, el efecto suspensivo se habría producido por

la citación judicial. La deducción es demasiado dura, y resulta dudoso que el Código quiera indicar tal cosa, pues tan chocante mandato no está desarrollado, a pesar de los problemas que crearía su aplicación, por contrariar la sistemática de la interrupción civil. Las palabras sacadas en el referido artículo se deben interpretar con arreglo al sistema, en el cual la sentencia produce la interrupción. Los dos principios que rigen la materia (intervención por sentencia y retroacción de los efectos de ésta al momento inicial del litigio) no quedan contradichos por el artículo 1945. En este sentido resulta que la citación realizada por mandato del Juez incompetente sólo producirá interrupción civil si la sentencia que de ella resulta es válida por no quedar afectada de la incompetencia del órgano jurisdiccional: Así los efectos interruptivos de la misma se referirán retroactivamente al momento de la citación judicial.

La doctrina procesal, a la que forzosamente hay que remitirse en esta materia, distingue entre los conceptos de "jurisdicción" y "competencia".¹³⁵⁾ Los efectos de esta distinción son dignos de ser tenidos en cuenta. La Jurisdicción es, para el Derecho procesal, un "requisito del proceso cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada"; apreciable de oficio (conf. art. 74, 538 L.E.C.); no prorrogable (cfr. art. 54 L.E.C., expresión equivocada); que produce la ineficacia de lo actuado (cfr. art. 74 L.E.C.).¹³⁶⁾ La competencia es "la asignación a un cierto órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la Jurisdicción". La competencia se atribuye según dos criterios: el

jerárquico y el territorial. La falta de competencia jerárquica crea la invalidez absoluta de lo actuado; la falta de competencia territorial no invalida las actuaciones realizadas hasta el momento de plantearse el conflicto (art.115 L.E.C.) que suspende el procedimiento (art.114 L.E.C.), excepto la sentencia definitiva, que ya se hubiese dictado.¹³⁷⁾

Por consecuencia no puede producir interrupción civil, la sentencia dictada por un órgano que carezca de la adecuada jurisdicción o que sea incompetente por razón jerárquica. En cambio la incompetencia territorial del órgano jurisdiccional determina la interrupción de la posesión.

5º.- La sentencia deberá constituir cosa juzgada, bastando que ésta sea de carácter formal, para que la posesión se interrumpa con efecto provisional. En este caso, cuando un nuevo pronunciamiento del mismo contenido recaiga sobre el asunto, con valor de cosa juzgada material, deberán retrotraerse sus efectos al momento al que lo hubieran sido los del primero, salvo interversión del poseedor en el periodo comprendido entre uno y otro.

6º.- No es indispensable que la sentencia se pronuncie antes de que el poseedor haya completado el plazo de usucapión si el momento al que puede retrotraerse está contenido en el mismo.

-422- 2.-Efectos

La sentencia sustituye al título e intervierte el concepto en que la posesión se tuviera. A partir de ella se comenzará a poseer bajo el concepto que ella fija y en muchos casos la situación posesoria quedará descualificada jurídicamente y convertida en meramente tolerada.¹³⁸⁾

-423- La doble interversión

Es probable que el demandado, aun considerado mero precatista, continúe disfrutando de la cosa como hasta entonces, desconociendo los derechos dominicales del titular. Esta situación plantea la cuestión de si es posible intervertir de nuevo (tras la sentencia) la posesión, unilateralmente; y de serlo, qué eficacia tendrá tal interversión frente a la sentencia.

La posesión interrumpida por el pronunciamiento judicial no deja de estar sometida a las vicisitudes de toda posesión. La continuidad del concepto cualificado por la sentencia (cfr. art. 436 C.c.) tiene un límite en la nueva interversión que provoque el poseedor. Cuando éste no haya cambiado en ningún momento su actitud de oposición a la titularidad ajena, queda contradicha la sentencia por su comportamiento. Se produce, por consecuencia, una doble interversión cuyo efecto práctico estriba en hacer inaprovechable el tiempo de posesión transcurrido: La sentencia sirve en este caso, al menos, para que sea necesario comenzar un nuevo cómputo en el plazo prescriptivo.

-424- 3.- Retroacción del efecto interruptivo de la sentencia

Vamos a considerar en tres apartados, los momentos a que retrotrae el Código, el efecto de la sentencia. Para su estudio distinguiremos: acto de conciliación; citación judicial; otras formas.

-425- a) Acto de conciliación

Antecedentes legales

El Código civil francés, que regulaba la eficacia interruptiva del acto de conciliación (art.2.245), sirvió de modelo al Proyecto de 1851, el cual disponía en su artículo 1986:

"La citación a juicio de conciliación, interrumpe también la prescripción, desde el día en que se hace, si dentro de un mes de la celebración del juicio y no haberse avenido las partes o haberse dado por celebrado, es seguida de una actuación judicial".

La Ley de Enjuiciamiento Civil introduce una modificación al fijar un nuevo plazo para la presentación de la demanda: "Tampoco producirá el efecto de interrumpir la prescripción, si no se promoviese el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia"¹³⁹⁾ (art.479, L.E.C.). El T.S. ha declarado que el precepto está "encaminado única y exclusivamente a condicionar la eficacia aludida del acto de conciliación, con la presentación de la demanda dentro de los dos meses siguientes al mismo" (obiter), S.26 junio, 1926.

Aunque ello sea contrariar tan autorizada afirmación, no parece prudente mantener un papel tan restringido para el artículo 479 L.E.C., pues si bien, en si mismo, no tiene el propósito de regular el efecto interruptivo del acto de conciliación, es en cambio, un complemento eficaz en la interpretación del artículo 1947 del C.c.

En coincidencia con el Proyecto de 1882 (título "de la prescripción", artículo 18) y distanciándose enormemente, por su dicción, del Proyecto de 1851 el C.c. dispone en el artículo 1947:

"También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada".

Este precepto, encuadrado en las formas interruptivas de la usucapión, que felizmente supo distinguir el Código de las referentes a la prescripción de acciones (art.1943 y 1973 C.c.), regula la materia con mayor acierto que sus antecedentes, adaptándose, con éxito, a los principios específicos que rigen la usucapión.

-426- Presupuestos de la eficacia interruptiva del acto de conciliación

Son tres::

- aa) Celebración de acto.
- bb) Interposición de la demanda
- cc) Virtualidad interruptiva de la demanda (citación judicial)

subsiguiente al acto de conciliación.

Pasaremos a analizar cada uno de estos requisitos, concretando la circunstancia en que se opera, en cada uno, el efecto interruptor.

-427- aa) Celebración del acto de conciliación

Las cuestiones que sugiere este enunciado pueden ofrecerse bajo los siguientes interrogantes. ¿Basta la presentación de la demanda de conciliación para interrumpir el plazo prescriptivo, o es, por el contrario, necesaria la celebración del acto?.

¿Es suficiente para interrumpir la prescripción el acto de conciliación intentado sin efecto, por no haber comparecido la parte demandada, o es indispensable la celebración de dicho acto, aún sin avenencia, pero con la asistencia de ambas partes?¹⁴⁰⁾ A la vista del artículo 1947 del C.c. y del 479 de la L.E.C., resulta que la presentación de la demanda de conciliación no tiene en sí misma efecto interruptor mas que en cuanto prepara la celebración del acto. Y además es a éste y no a aquella, al que se ha de ligar el efecto de la interrupción.

Contra esto, en nombre de la justicia y de la equidad advierte DIEZ PICAZO, que "la iniciación de un procedimiento judicial abre un paréntesis en la vida de la usucapión"; "este paréntesis debe considerarse abierto desde el momento mismo en que el procedimiento se inicia". Y agrega: "El propietario, en ese momento ha hecho ya cuanto está en su mano para defender su derecho. El usucapiente no puede a partir de ese momento alegar una

posesión quieta y pacífica para consolidar el dominio".¹⁴¹⁾ El propósito que mueve a este autor, es evitar que el usucapiente adquiriera el derecho cuando el titular ha puesto los medios a su alcance para evitarlo: Aunque movido por una sana intención su criterio, no parece, en definitiva, sostenible,¹⁴²⁾ por las siguientes razones.

1a) La letra del artículo 1947 del Código Civil.

Para salvarla entiende DIEZ PICAZO que "... no es menester forzar el texto del artículo 1947. La expresión acto de conciliación tiene en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil dos sentidos, uno lato en que la palabra acto es sinónima de proceso o juicio, otro estricto referido a la comparecencia ante el Juez (art.471 L.E.C.) y a las manifestaciones ante él realizadas".¹⁴³⁾

No cuadra al espíritu de nuestro Código esta opinión, que intenta referir la interrupción de la usucapión a la demanda y no al acto mismo de conciliación. Es cierto que acto de conciliación tiene las dos posibles significaciones que le atribuye DIEZ PICAZO, pero de ellas se ha de preferir la más directa. El Código Civil parece pensar en el significado estricto; acto de avenencia, ante el juez, descrito en el artículo 471 de la L.E.C. El artículo 1947 es correlativo del 1945 ("también..." art. 1947) y al igual que la citación judicial se interpreta estrictamente, el acto de conciliación merece entenderse en su significado más obvio.

2a) No parece que sufra la lógica o se atente contra los Principios Generales del Derecho, como piensa DIEZ PICAZO, con

la interpretación que proponemos. Apoya este autor sus razones, en que desde el momento de la presentación de la demanda de conciliación, "el propietario... ha hecho cuanto está de su mano para defender su derecho. El usucapiente no puede a partir de ese momento alegar una posesión quieta y pacífica para consolidar el dominio".¹⁴⁴⁾

De estas dos razones, la primera, no es válida para la prescripción adquisitiva. En ella no basta que el propietario haga cuanto está de su parte para interrumpir el dominio. Es necesario, además, que ataque directamente al hecho posesorio, lo cual sólo se hace en puridad con la sentencia que crea cosa juzgada.

En cuanto a la segunda razón, aunque la posesión dejara de ser pacífica, por la presentación de la papeleta de conciliación, el carácter no pacífico de la posesión "ad usucapionem" se debe distinguir de su interrupción (com.art.1941), requisito, del cual tan sólo, ahora tratamos.

3a) La incoación del procedimiento de conciliación ha de considerarse como una proposición para el arreglo amistoso de la cuestión que conduzca a un convenio entre las partes (art.476, 477 L.E.C.).¹⁴⁵⁾ En esta primera intervención, más que un acto litigioso, con una pretensión ya formulada y consolidada, hay una petición de diálogo y la constancia en la papeleta de la pretensión deducida (art.465) es punto de partida para el mismo (comp.art.471 L.E.C.).

Lo que hay de inconciliable entre las partes se resalta tras el acto celebrado sin avenencia, de donde, propiamente, arranca la fase litigiosa. Por eso parece más adecuado retrotraer a este momento las consecuencias desfavorables del pronunciamiento jurisdiccional posterior.

42) La jurisprudencia apoya el criterio de que la prescripción se interrumpa desde la celebración del acto conciliatorio y no desde la demanda de conciliación, en la sentencia T.S. 6, junio 1922. La misma idea puede inferirse de las Ss.T.S., 12 febrero, 1875; 26, junio, 1926. La sentencia de 1, julio, 1957 relativa a la interrupción de la usucapión extraordinaria del dominio de un bien inmueble, toma en consideración la fecha de celebración del acto para entender interrumpida la prescripción a partir de ella.

-428- Acto intentado sin efecto

No es sólo apto para interrumpir la prescripción el acto de conciliación celebrado sin avenencia sino también, según parece, el intentado sin efecto por falta de comparecencia de los demandados (art. 469 L.E.C.).

Planteada esta cuestión por primera vez en casación en el recurso que dió origen a la sentencia de 26, junio 1926 (según afirma en la misma el propio Tribunal Supremo), se interpretó el artículo 479 L.E.C., en este mismo sentido, calificándose otra interpretación, de contraria a los dictados de la razón, de

la lógica y de las reglas de hermenéutica legal. Como el litigio estaba planteado sobre un supuesto de prescripción extintiva no todos los argumentos que se ofrecen son aprovechables en nuestro caso. De ellos debemos destacar, lo absurdo que resultaría dejar a la voluntad del demandado (según comparezca o no) la interrupción de la posesión. Además como advierte el T.S., a la frase "dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia" empleada por el artículo 479 L.E.C. "no puede darse el alcance de establecer la distinción entre el acto intentado y celebrado sin avenencia, que acepta la sentencia recurrida; pues si tal hubiera sido la intención del legislador hubiera establecido el precepto, no de modo incidental, sino de otra forma más clara y terminante dada su importancia y trascendencia". Esta misma equiparación se hace notar en la sentencia T.S. de 14 de febrero, 1928.

Dentro de una lógica jurídica de lo razonable parece forzoso equiparar al acto de conciliación celebrado sin avenencia, el intentado sin efecto por falta de asistencia de los demandados, pues hecha la citación para el mismo, la falta de comparencia demuestra que la parte demandada no está, ni tan siquiera dispuesta al diálogo (comp.art. 469 L.E.C.).

-429- bb) Interposición de la demanda

La demanda deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación (arts. 1947 C.c. y 479 L.E.C.¹⁴⁶).

El efecto normal del acto de conciliación dura dos años (art.478 L.E.C.) pero respecto a la interrupción de la posesión se acorta este período a sólo dos meses, porque lo requiere la índole de la materia. Así se excita a la parte a promover, cuanto antes, el pronunciamiento jurisdiccional que resuelve definitivamente la cuestión, impidiéndole ampararse en la paralización provisional que determina el acto de conciliación celebrada. Este estado de incertidumbre jurídico conviene deshacerlo cuanto antes. Por eso a través del acortamiento del plazo de interposición de la demanda se promueve, por medios indirectos, la actuación de los particulares en defensa de sus propios derechos.

Es prudente otorgar un plazo suficiente, para que las partes puedan completar los elementos necesarios para la interposición de la demanda;¹⁴⁷⁾ y en este sentido parece más adecuado el de dos meses que el de un mes que concedía el Proyecto de 1851.

-430- cc) Virtualidad interruptiva de la demanda

La demanda subsiguiente al acto de conciliación deberá tener fuerza interruptiva de la posesión "ad usucapionem", por reunir los requisitos exigidos por el Código, a tal efecto. De ellos hablaremos más adelante.

La eficacia del acto de conciliación se subordina a la presentación de la demanda y la de ésta a la citación judicial y sentencia favorable (arts. 1945 y 1946), por lo cual, es la sen

tencia la que en definitiva interrumpe la posesión. El acto de conciliación abre un paréntesis de duda acerca de la presunción de titularidad aneja a la posesión en concepto de dueño (comp. art. 448 C.c.) paréntesis que resuelve la sentencia. La retroacción de los efectos de éste alcanza al momento en que, por haberse celebrado el acto sin avenencia, la duda comenzo a existir.

-431- b.- Citación Judicial

Nuestra doctrina se divide en la interpretación del significado de la expresión citación judicial que emplea el artículo 1945. Pueden agruparse los autores en dos posiciones: Para unos la citación judicial es un acto del juzgador en el cual se emplaça a juicio al demandado, dándole así mismo traslado de la demanda. Para otros significa un acto de parte, precisamente de la que podría extraer consecuencias favorables de la interrupción, acto que coincide procesalmente con la presentación de la demanda.¹⁴⁸⁾

La primera de estas dos posturas se ha mantenido por MANRESA¹⁴⁹⁾ y con mayor apoyo por PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS.¹⁵⁰⁾ La segunda por GUASP y DIEZ PICAZO.¹⁵¹⁾ Este autor apoya su tesis en dos argumentos:

1º) "No se comprende que quede al arbitrio de Juez producir la interrupción y establecer el momento de la misma".

2º) La expresión citación judicial carece "de un sentido técnico preciso en nuestra terminología procesal, es o bien un residuo histórico, o una traducción, acaso defectuosa, de la expresión francesa citation en justice", que es en el derecho francés, precisamente el acto inicial de un juicio.¹⁵²⁾

PENA se basa en estas razones:

1º) Que citación significa emplazamiento en la terminología tradicional.

2º) Que con esta significación sigue hablándose de citación para el juicio en la L.E.C. (arts.35, 1055, 1056, 1058-1060, 1695, 1º, L.E.C. y 1482 fine C.c., aunque en cambio, no en el artículo 1834).

3º) Que respecto al artículo 1984 del Proyecto de 1851 (el correspondiente al 1945 C.c.) comentaba con ROGRON, GARCIA GOYENA: "cierto es que el demandado se ha equivocado en cuanto al Tribunal; pero también lo es que hay un emplazamiento judicial, válido en la forma; que por él sabe ya el poseedor que no tiene derecho, y de consiguiente comienza a poseer de mala fe (GARCIA GOYENA, Concordancias, IV art.1984, p.339). El mismo P. de 1851, art.1986, completando la doctrina sobre la interrupción por citación judicial, se refiere a las condiciones en que produce interrupción la "citación a juicio de conciliación".

4º) Que a la interrupción civil se refería ya, P.3,29,29, y se entendía producida "cuando poniéndose litigio al poseedor y presentada la demanda, se hace en su virtud el emplazamiento: que es uno de los efectos que éste produce" (FERRERO, GARCIA GOYENA, AGUIRRE, I, nº 784, p.175).

5º) Que la interrupción es de la posesión (cfr.art.1943) y a ella en nada afecta la demanda mientras no llega a conocimiento del demandado (cfr.451-I, C.c.).

6º) Que el propio Código Civil supone que no basta la demanda, ya que la citación implica una intimación judicial, un mandado de Juez (cfr.1945), aunque sea incompetente.¹⁵³⁾

-432- Significado técnico de la citación judicial en la interrupción civil de la posesión "ad usucapionem"

Antes de precisar lo que significa esta expresión en el artículo 1945 haremos unas observaciones, sugeridas por los argumentos de otros autores, que sirvan de comentario a su postura y de pórtico a nuestras consideraciones.

1) El sentido con que emplea la expresión citación judicial la L.E.C., no tiene necesariamente que coincidir con el que se atribuye a la misma, en el artículo 1945 del C.c. Por eso, no es, en principio, conveniente partir de aquél en la interpretación de este precepto. Más acertado parece reconocer que la interpretación del art.1945 se ha de circunscribir a lo que técnicamente quieren decir esas palabras empleadas en una norma que se dedica a la interrupción civil de la posesión. Se ha de tener presente por tanto la función del precepto.

Sólo para destacar las analogías o diferencias de sentido se puede acudir al concepto de citación judicial que emplea normalmente el Derecho Procesal, que es, según PEÑA la "intimación judicial a la comparecencia a fin de que el llamado se per

sone o constituya en parte".¹⁵⁴⁾

2) El Código Civil utiliza el término citación, según reconoce PEÑA, además de en los artículos 1945 y 1946, en el 1482 fine y 1834. De estos dos, no duda el mismo autor que en el segundo se utiliza con un sentido diferente al de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal". En cuanto al 1482, fine que recoge el significado procesal del término citación, no impone un criterio interpretativo para los artículos 1945 y 1946. De aquí se infiere que, fuera de la normativa de la usucapión, se emplea equivocadamente por el mismo Código la expresión a que venimos aludiendo, según convenga a la materia que se regula. Por ello no hay un criterio uniforme que extender a la usucapión y se nos impone una tarea interpretativa, en busca del particular sentido del precepto que consideramos.

3) Entrando ya en concreto en el análisis del art.1945 C.c. se advierte que no es decisivo el argumento que impone interpretar sus términos citación judicial, como el traslado de la demanda al demandado, fundado porque la posesión "ad usucapionem" no puede quedar afectada mientras la demanda no llegue a conocimiento de su destinatario.¹⁵⁵⁾ No lo es porque el conocimiento de este sujeto sólo parece necesario tratándose de interrumpir su buena fe, cualidad innecesaria en la usucapión extraordinaria (art.1955 y 1959 C.c.). Las razones que se aducen podrían servir para la interrupción regulada en el artículo 451,I, referida a los frutos pero no para la del 1945.¹⁵⁶⁾

El argumento es sin embargo apreciable bajo otro aspecto y con menor fuerza. Como hay dos tipos de usucapión, ordinaria y extraordinaria, aquélla con buena fe y ésta sin requerirla, es necesario: bien situar en el traslado de la demanda el momento de la interrupción de la posesión o duplicar su regulación. Como el Código sólo la regula una vez, parece lo más razonable acoger un criterio que abarque, tanto a la prescripción ordinaria (con buena fe), como a la extraordinaria, criterio que no puede menos que situar el momento interruptivo en el traslado de la demanda.¹⁵⁷⁾

4) En los antecedentes del 1945 se aprecia una cierta evolución hacia la interpretación que parece más conveniente.

El texto de las Partidas de excasa claridad, disponía:

"Otrosi dezimos, que si alguno oviesse comenzado a ganar por tiempo cosa agena, que si aquel cuyo era, e contra quien la ganava, le fiziesse emplazar sobrella por carta del Rey, o del Juzgador, o por Portero o gela oviesse demandado en juycio; la ganancia del tiempo que avian comenzado contra el, destajase e pierdesse porende" (L.29, tt.29, P.III).¹⁵⁸⁾

Nos encontramos con una fórmula doble (emplazar y demandar en juicio), en la cual DIEZ/PICAZO apoya su criterio en favor de que la interrupción se produce por la presentación de la demanda. Más adviértase que emplazar y demandar son palabras equiparables en el contexto de Las Partidas según nos lo indica GREGORIO LOPEZ: "Parificat citationem et litis contestationem, ibi (o gela oviesse demandado)". La litis contestatio está expresada según

este autor en las palabras gela oviesse demandado.

El Derecho Común situaba a la interrupción, según los casos, en uno y otro momento, mas como las Partidas no admiten distinguos entre la citación y la litis contestatio, quedan esos dos momentos parificados.. Con posterioridad persiste, por inercia histórica, la doble salusión al emplazamiento o demanda, aun que ambos sean referidos al mismo acontecimiento. ¿Cuál es el momento en que se sitúa la interrupción?

Aunque las Partidas dejen lugar a dudas en la contestación a este interrogante, parece que, con anterioridad al Proyecto de 1851, se intentó coordinar la doble referencia de las mismas a la citación y a la demanda, entendiendo que la demanda es la causa de la citación ("en su virtud"), la cual a su vez determina la interrupción.¹⁵⁹⁾ Así nos explican FEBRERO, GARCIA GOYENA, AGUIRRE cómo por un acto de Juez, cual es la citación, se puede interrumpir la prescripción, ya que se trata de un acto judicial estimulado por otro de parte (demanda).

No ha de extrañarnos que el Proyecto de 1851 se aparte de la fórmula francesa, ni puede pensarse que en él, citación judicial, fuera una mala traducción del Código francés, ya que este tecnicismo tenía su propio significado en nuestro Derecho histórico, equiparable al emplazamiento.¹⁶⁰⁾ La huella del Código Napoleónico se dejó notar, no obstante, en sus palabras ante Juez,¹⁶¹⁾ pero este rastro quedó borrado en el Código Civil ("por mandato de Juez", art.1945).

5) No es el arbitrio del Juez el que produce la interrupción, porque la presentación de la demanda es un acto de parte que determina el traslado judicial de la misma (cnf. art. 525 L.E.C.). Y en cuanto al momento en que la interrupción se produce, aunque sea el que se determina por la actuación judicial, ello se debe a una valoración de los intereses de ambas partes litigantes, que no se ~~piensa~~ piensa con exclusividad en los del actor: Al fijarse una sola fecha de interrupción civil, es conveniente proteger los intereses de un eventual poseedor de buena fe.

Tras lo dicho, estamos en condiciones de entrar en el análisis del artículo 1945..

"La interrupción civil se produce por citación judicial hecha al poseedor aunque sea por mandato de Juez incompetente".

De este texto se desprende que, al igual que en nuestro Derecho histórico, es el emplazamiento que el Juez hace al demandado, lo que determina en el tiempo el momento de interrumpirse la usucapión (citación, mandato de Juez).

Si a esta razón de léxico se añaden las que hemos ofrecido antes, parece poderse desprender, por conclusión, que en el artículo 1945 la citación judicial significa un acto de juzgador, previa excitación de parte, mediante el cual, dándole normalmente traslado de la demanda, se promueve la intervención en el juicio de la parte demandada, para defender su derecho.

La jurisprudencia de nuestro T.S. se ha pronunciado en las dos direcciones que marca la doctrina. En la sentencia 23, junio 1966 sostiene, que "...no se pudo citar judicialmente al Ayunta

miento recurrido que es el requisito exigido por el artículo 1945 para que produzca la interrupción civil de la posesión a los efectos prescriptivos" (no ha lugar). Igual criterio es sostenido en la sentencia de 14, de febrero, 1964. En otros pronunciamientos se afirma, obiter, que es la demanda lo que interrumpe la posesión civil: así en S. 31 marzo, 1902; 11 julio, 1903 y 21 mayo, 1904.¹⁶²⁾

-433- Ineficacia interruptiva de la citación judicial

Según disposición del Código, "se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

1º) Si fuere nula por falta de solemnidades legales.

2º) Si el actor desistiere de la demanda o dejara caducar la instancia.

3º) Si el poseedor fuere absuelto de la demanda."¹⁶³⁾

Estas tres causas se pueden agrupar en dos: Primera, si la pretensión del demandante no conduce a una sentencia estimatoria que intervenga la posesión del demandado; segunda, si la citación fuere hecha con falta de solemnidades legales. Excepcionalmente se reconoce eficacia a la citación hecha "por mandato de Juez incompetente" (art. 1945 fine).

-434- aa) Sentencia no estimatoria de la demanda

Como el efecto interruptor de la citación es sólo condicional, depende, en su definitiva eficacia, de que prospere la acción del demandante,¹⁶⁴⁾⁾ lo que no ocurre en los casos de deses-

timiento, caducidad de la instancia y absolución de la demanda,¹⁶⁵⁾ en los cuales no hay interrupción. Tampoco en ellos existe una mera suspensión de la prescripción, porque el tiempo transcurrido entre la citación y el evento que determina su ineficacia no ha de dejar de computarse.

-435- bb) Citación hecha sin las solemnidades legales

La citación que fuere nula por falta de solemnidades legales no producirá interrupción (art.1946,1º), aunque la sentencia pudiera ser favorable. Significa ello una limitación del efecto interruptor de la sentencia estimatoria, o sólo afecta a la retroacción de la misma hasta el momento de la citación?

Parece que la sentencia válida, a pesar de la falta de solemnidades de la citación, debe producir la interrupción civil de la posesión. Los defectos de la citación tan sólo impiden que se retrotraiga a ella la eficacia de la sentencia válida. Este parece ser el sentido que guardan los artículos 1946 y 1945, en los cuales no debe verse otro propósito que la retroacción de la sentencia.

Excepcionalmente, la incompetencia del Juez que ordena la citación, no priva a ésta de sus efectos interruptivos (artículo 1945 C.c.). Ello, más que de una tradición histórica proviene del Derecho francés,¹⁶⁶⁾ resulta de la aplicación de los preceptos procesales que regulan la "competencia territorial". No parece posible extender la norma a los casos en que carezca el órgano juzgador de "competencia jerárquica" o "jurisdicción", pues en tales

casos, las actuaciones procesales son nulas.¹⁶⁷⁾

Recordemos en este lugar las palabras de ROGRON: "Ciertamente es que el demandante se ha equivocado en cuanto al Tribunal; pero también lo es que hay un emplazamiento judicial válido en la forma";¹⁶⁸⁾ o las del propio GARCIA GOYENA: "...hay algo de sutil o de rigorismo de derecho que no habiéndose llenado las formalidades exigidas por la ley para la validez de la citación, no hay realmente, y por lo mismo no puede producirse ningún efecto".¹⁶⁹⁾

-436- C.- Otros momentos procesales de retroacción del efecto interruptivo de la sentencia

Además de la citación judicial, que menciona directamente nuestro Código Civil (art.1945), la jurisprudencia y doctrina enumeran ciertos actos procesales equiparables a la misma por su efecto interruptivo. Tal equiparación supone la posibilidad de retrotraer a ellos el efecto interruptor, propio de la sentencia.

Entre los referidos actos se encuentran los que a continuación vamos a mencionar.

-437- aa) Demanda de pobreza

El Tribunal Supremo, secundado por los autores,¹⁷⁰⁾ se ha manifestado en repetidas ocasiones en favor de la fuerza interruptiva que causa la demanda de pobreza. Las sentencias a que nos referimos se produjeron en supuestos de prescripción extintiva, en los cuales, sabido es, se muestra menos exigente el Có

digo Civil (cód. art. 19773); pese a ello podemos encontrar en ellas elementos que nos orienten en nuestra cuestión.

Para que la demanda de pobreza cause interrupción será necesario que concurran estos requisitos.

1º.- Debe expresarse en ella el objeto del litigio que el actor se propone entablar tras este incidente (S.T.S. 9 marzo, 1899; 23 noviembre, 1892;; 9 octubre, 1906). De esta manera queda coordinado el incidente de pobreza con la cuestión principal y la sentencia que sobre esta cuestión recaiga puede retrotraerse al mismo.

2º.- Es necesario igualmente, determinar la persona o personas contra las que se vaya a dirigir la acción principal (S.T.S. 23 noviembre, 1892). La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "cuando se deduzca esta demanda antes de entablarse el pleito se emplazará a los que deban contestarla, para que dentro de nueve días comparezcan con este objeto" (art.30,II, L.E.C.).

3º.- La demanda de pobreza deberá ser interpuesta con anterioridad a la principal,, pues en otro caso la interrupción se habrá producido por virtud de esta última.

La eficacia interruptiva de la demanda de pobreza se halla subordinada a la interposición, con éxito, de la demanda principal.¹⁷¹⁾ Además, por analogía con el artículo 1945, se tomará en consideración para la interrupción el momento del emplazamiento, referido por el artículo 30 L.E.C.

-438- bb) Diligencias preparatorias del juicio

Mayores dudas aún que las suscitadas por la demanda de pobreza, ofrece el alcance interruptivo de las diligencias preparatorias del juicio, y máás en concreto de la petición de exhibición de la cosa muebles que en su caso haya de ser objeto de la acción (art.497-2º, L.E.C.).

El propio Tribunal Supremo alberga en ello ciertas dudas que se vislumbran en las motivaciones de sus fallos. Así se observa en la sentencia (de 31 marzo, 1902¹⁷²) referida a un supuesto de prescripción adquisitiva, en la que afirmaba: "Considerando, que aún en el caso de que el requerimiento preparatorio del juicio para exhibición de cosa mueble pueda equipararse (carácter potencial) a los efectos del artículo 1945 con la citación judicial, será siempre necesario que se efectúe, como queda dicho que expresa el artículo 1946, y que en el caso actual no resulta que al ser exhibido el resguardo representativo de los títulos manifiestase el actor que eran éstos la cosa mueble que se proponía demandar, sin que previniese al exhibente que los conservase en el mismo estado hasta la resolución del pleito, requisitos expresamente establecidos por el artículo 499 L.E.C., sin cuya concurrencia faltan las solemnidades necesarias para que el requerimiento pueda igualarse en sus efectos a la citación judicial, que hace conocer clara y oficialmente a aquel a quien se cita que va a ser demandado y con qué objeto".

Con estas limitaciones, perfectamente señaladas por nuestro Tribunal Supremo, sería posible reconocer la eficacia interruptiva de las diligencias preparatorias del juicio, y así suele entenderlo también nuestra doctrina.¹⁷³⁾ Como en otros casos queda subordinada esta eficacia al éxito de la demanda principal.

-439- BB) Eficacia de las reclamaciones extrajudiciales

La seguridad de la posesión, se garantiza reservando a la sentencia la posibilidad de interrumpir la posesión ad usucapionem (por interversión), y limitando los momentos a que se puede retrotraer el efecto interruptivo de la sentencia (cfr. arts. 1945 a 1947). Estas razones justifican el criterio más severo que se adopta en relación con el del art. 1973 C.c.

El Tribunal Supremo, en contra de este criterio dió valor a las "reclamaciones privadas", para interrumpir la prescripción adquisitiva (S. 29, diciembre, 1959), afirmación jurisprudencial que no deja de tener un valor restringido por haberse hecho a mayor abundamiento.

Por otra parte en la sesión de 24 enero, 1952, se toma en consideración la fecha de un requerimiento notarial en el que se hacía saber al poseedor (arrendatario) que debería dejar libre la finca. Mas ello no contradice al recto criterio, porque se trataba de interrupción de la buena fe requerida para percibir los frutos, supuesto en el cual, "el poseedor pierde el derecho al percibo de los frutos desde que conoce el vicio de su título".

-440- CC) Interrupción por reconocimiento del derecho del dueño

Según dispone el Código, "el reconocimiento que el poseedor hiciere del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión" (art.1948). No indica este precepto si el reconocimiento pertenece a las formas de interrupción civil ("asimismo" no es decisivo), pero parece posible encuadrarlo entre ellas. Advirtamos además que el mismo tiene una doble repercusión en la posesión: sobre la buena fe y sobre el concepto en que se posee. De ambas, hemos de referirnos a la segunda en este trabajo.

-441- Delimitación del supuesto de reconocimiento previsto en el artículo, 1948

La expresión legal, "reconocimiento del derecho del dueño" sugiere dos posibles interpretaciones: En una primera, el poseedor vendría a reconocer la titularidad, precisamente en el sujeto que la tiene; en este caso no sólo se reconoce que el dominio corresponde a otra persona, con la consecuente carencia del mismo en el poseedor, sino además, se descubre en concreto a esa persona. En una segunda interpretación, el poseedor se limitaría a reconocer que no es el dueño, con lo cual indirectamente ha reconocido el derecho del dueño, por cuanto que declara la carencia de un derecho propio.

De ambas interpretaciones posibles, parece la primera más concorde con la letra del artículo 1948, el cual se refiere al reconocimiento positivo del derecho de un sujeto concreto sobre la cosa poseída, sujeto que es el verdadero titular. Consecuentemente sólo en este caso se producirá interrupción de la posesión

por virtud del artículo 11948. En otros casos excluidos, como el reconocimiento del poseedor referido a su carencia de derecho¹⁷⁴⁾ o al derecho de un sujeto que no es el verdadero titular, puede indirectamente interrumpirse la posesión, no por efecto del 1948, sino por otras causas: Entre otras, haber dejado de tener "animus" de poseer en concepto de dueño o haber comenzado a tener la posesión para otro sujeto (arts. 431 y 439 C.c.).

En el caso concreto que contempla el art. 1948 C.c., pueden advertirse, tras el reconocimiento del derecho del dueño, dos posibles comportamientos en el sujeto que lo efectúa: Reconocimiento con posesión en nombre del dueño y simple reconocimiento con oposición al derecho del mismo. El reconocimiento con entrega simultánea de la cosa no parece ser tratado con independencia, pues es un caso de interrupción natural de la posesión producida por la pérdida del elemento material de ésta; el reconocimiento opera en este caso de causa de la cesión de posesión (comp. art. 1895 C.c.).

El efecto general del reconocimiento del derecho del dueño, sea o no subseguido de oposición al mismo, es la interrupción de la posesión "ad usucapionem".

A continuación señalaremos las particularidades de los dos posibles supuestos que comprende esta forma de interrupción.

-442- aa) Reconocimiento consecuente

Quando al reconocimiento subsigue un comportamiento consecuente del poseedor "ad usucapionem", se produce, desde luego la

interrupción. Será conseqüente el comportamiento a que nos referimos, si implica la voluntad de tener la cosa en provecho del dueño (comp.art.431).

El artículo 1948 produce en este caso su eficacia interruptiva con independencia del 439 (antes de la ratificación del dueño), pues en verdad no está subordinada esta eficacia a la adquisición de la posesión por el dueño. Tal adquisición exigirá por su parte ratificar la interversión, para obtener la posesión mediata de la cosa, pero el reconocimiento del derecho de dueño opera la interrupción civil antes de la ratificación dominical y con independencia del conocimiento que del mismo tenga el titular.

-443- bb) Reconocimiento con oposición al derecho del dueño

Este caso, que encaja también en la letra del artículo 1948, produce el mismo efecto interruptivo que el anterior, pero se destaca del mismo por la continuación de la situación posesoria en nombre propio. Es de presumir que a todo acto de reconocimiento de un derecho ajeno le subsigue un comportamiento avenido al mismo; pero el carácter fáctico de la posesión impone también admitir que la persistencia en el disfrute y continuada oposición al derecho ajeno con causas de interversión de la posesión. Demostrada esta interversión posterior al reconocimiento, habría de admitirse el comienzo de una nueva usucapión.

La mala fe que denota tal interversión, que raya en muchos casos con el comportamiento delictivo, debe ser tenida en cuenta como límite de la presunción del artículo 434 C.c. Por otra par-

te las circunstancias en que se inicia la nueva usucapión permitirán, en muchos casos, poner en juego al artículo 1956. No parece aplicable este precepto cuando ya hubiere mediado delito o falta en el acto originario de adquisición de la posesión, pues el delito, ya prescrito, se cometió entonces y no ahora por el acto de reconocer el derecho del dueño.

-444- Requisitos de la interrupción por reconocimiento del derecho del dueño

El reconocimiento pertenece a la categoría jurídica de los actos; por ello se tiene en cuenta la formación no viciada, de la voluntad reconociente. Más concretamente, parece posible encuadrarlo en la categoría de declaraciones modificativas¹⁷⁵⁾ que en algunos casos pueden albergar un carácter negocial (negocio de renuncia); pensemos por ejemplo en el caso en que el poseedor reconoce el derecho del dueño con la intención de renunciar al tiempo de posesión disfrutada.¹⁷⁶⁾

El reconocimiento es irrevocable¹⁷⁷⁾ y puede hacerse en forma expresa o tácita (art. 1948). También puede ser "efecto indirecto de otra declaración o negocio (ej. toma en arrendamiento la finca),¹⁷⁸⁾ o provenir de un cambio de actitud frente al dueño (deja de oponerse al mismo). Los casos de reconocimiento tácito imponen al juzgador la tarea de precisar si se ha venido a reconocer el derecho de dueño a través de los mismos.¹⁷⁹⁾

Debe emanar siempre del poseedor, pero puede haber tenido lugar en las relaciones del mismo con persona distinta del dueño.¹⁸⁰⁾

No es una declaración dirigida al conocimiento del titular, pero ha de referirse al derecho del mismo; por eso no tiene valor la simple declaración negativa de no ser dueño o el reconocimiento del derecho en persona distinta del titular (comp.art. 1948). El efecto interruptor se origina en el instante de la emisión, no necesitando la aceptación. La prueba incumbe al dueño cuando intenta enervar la usucapión.

-445- Fundamento jurídico de esta causa de interrupción

Produce, ope legis, la interversión del concepto en que se poseía, porque el Derecho entiende de justicia atribuir esa fuerza a tal reconocimiento.. No es nuestro caso el del comienzo de una posesión en nombre del dueño ratificada por el mismo; consideramos el reconocimiento anterior a la ratificación del dueño, que no atribuye a éste la posesión mediata (comp.art.439) y el reconocimiento con posesión continuada en nombre propio. En ambos casos por obra del Derecho se produce la interversión sin tomar en consideración la voluntad que respecto a ella tenga el sujeto: estamos ante un efecto atribuido típicamente a un acto. El resultado que se logra con ello es la desvalorización jurídica de la posesión. En adelante podrá ser considerada objetivamente como meramente tolerada,, y para usucapir será preciso comenzar una nueva posesión.

El expediente técnico que explica en este plano la interrupción, es la interversión posesoria. Pero detrás del mismo podemos indagar las razones de justicia que movieron al legislador en la regulación de este punto.. El sentido jurídico intuye que quien

reconoce el dominio en otra persona, no deberá oponer a la misma la usucapión de tal derecho. Es cierto que la usucapión se basa en la posesión, realidad de hecho; pero la apariencia de titularidad que la misma comporta puede desenmascarse, desmentida por una declaración del poseedor. No parece equitativo que el poseedor que descubre su falta de derecho frente al dueño, pueda después alegar contra él la adquisición del mismo por posesión continuada.. El Ordenamiento no le protegerá en razón de la posesión.

DIEZ PICAZO en su trabajo sobre la prescripción entiende que "como reconocimientos, desde el punto de vista del venire contra factum proprium vale cualquier conducta del poseedor, que, interpretada de una manera objetiva y de acuerdo con la buena fe, pueda suscitar en el dueño una fundada confianza de que la usucapión no será alegada, de tal manera que haga innecesario el ejercicio de la acción reivindicatoria".¹⁸¹⁾ Este punto de vista enriquece con más detalles nuestra exposición, aunque conviene advertir que la confianza no es el valor protegido en todo caso, pues no hay lugar a que ella se forme cuando el reconocimiento va acompañado de oposición al derecho del dueño, caso comprendido, sin lugar a dudas, en el artículo 1948.

Tampoco es posible entender la eficacia del artículo 1948, restringiendo el reconocimiento a la renuncia.¹⁸²⁾ ¿Cómo explicar la interrupción de la posesión si ese efecto no es querido? El carácter negocial de la renuncia se aviene mal con el funcionamiento de la interrupción que consideramos; además la renuncia

podría explicar que no se tomase en cuenta al tiempo de posesión disfrutada (cfr. art. 1935) pero no la persistente descualificación jurídica de la posesión a efectos de prescribir. Esta eficacia continuada hacia el futuro se explica, en cambio, al contemplar la interrupción del artículo 1948 desde el ángulo de la interversión (comp. art. 436 C.c.). Desde el mismo se puede afirmar que no hay renuncia al tiempo posesorio anterior (salvo si resulta voluntariamente sobreañadida) sino un corte, resultado de que en un momento concreto, la posesión, al transformarse, ha dejado de ser idónea para usucapir. El tiempo de posesión transcurrido queda incompleto para atribuir por usucapión el derecho y aislado, sin posibilidades de unirse a otro posterior.

-446- Efectos del reconocimiento del derecho del dueño

Por lo que toca a la usucapión el efecto del reconocimiento es la interrupción (art. 1948). Sobre ello se plantea todavía la cuestión de la persistencia de este efecto en los siguientes términos: ¿Se recomienza tras ella un nuevo período posesorio o por el contrario persiste la interrupción? Parece que si el reconocimiento ha intervertido el concepto posesorio, deberá operar hacia el futuro como un nuevo título de configuración de la posesión con eficacia persistente (art. 436). Por eso la posesión que se disfrute, con posterioridad al mismo, no será en concepto de dueño ni, por tanto, idónea para usucapir.

Entre las formas de expresarse el reconocimiento no ha de hacerse excepción: la interrupción se produce también en caso de

reconocimiento seguido de oposición al derecho del dueño. Mas en este caso la posesión puede volverse a intervertir por efecto de la persistente oposición (comp. arts. 436 y 460,4), iniciándose un nuevo cómputo de usucapión.

-447- Naturaleza de esta forma de interrumpirse la posesión

Hemos reservado a último término tratar de la naturaleza, para hacerlo teniendo presente las características de la figura.

La interrupción, en este caso, incide sobre la cualificación jurídica de la posesión, porque al desvirtuarse el título de ser en concepto de dueño se desvaloriza en posesión meramente tolerada. Por esto se trata de una auténtica forma de interrupción de la posesión, pues fepercute sobre uno de los elementos que la integran en su categoría de possessio ad usucapionem. El dato de la Ley ratifica esta opinión (art. 1948). Como causa de interrupción de la posesión debe encuadrarse entre las llamadas, positivamente, de carácter civil, (art. 1943), porque no afecta al hecho, sino al concepto en que se posee.¹⁸³⁾

INDICE ESQUEMATICO

La numeración de referencia remite a las cuestiones.

PRIMERA PARTE

Estructura de la posesión "ad usucapionem"

SECCION PRIMERA

Elementos integradores de la posesión "ad usucapionem"

CAPITULO PRIMERO

C o r p u s p o s s e s s i o n i s (tenencia)

- 1- I. TEORIAS SOBRE SU NATURALEZA
- 2- A) Teorías fácticas
- 3- B) Teorías jurídicas
- 4- C) Teorías económicas
- 5- D) Teorías sociológicas
- 6- E) Teorías mixtas

- II. NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA TENENCIA EN LA POSESION
AD USUCAPIONEM
- 7- A) Referencia a um tipo concreto de derecho subjetivo susceptible de ser adquirido por usucapión.
- 8- B) La posesión ejercitada en el corpus no debe contra decir a la que configura el título.
- 9- C) La posesión ha de ser valorada en el tiempo: elementos permanentes y elementos intermitentes.
- 10- D) La posesión está influenciada por la naturaleza del objeto.

- 11- E) La posesión se valora socialmente.
- 12- III. EL CORPUS POSSESSIONIS EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL
- 13- - Carácter voluntario de la tenencia.
- 14- - Posesión "solo animo": elasticidad del concepto de tenencia.
- 15- - Tenencia de una cosa y disfrute de un derecho
- 16- - Delimitación de nuestro análisis en torno al "corpus".
- 17- - Influencia de la tenencia de una cosa en la valoración de la continuidad del concepto en que se posee.
- 18- - La presunción de continuidad en la valoración del "corpus"
- 19- IV. LAS DOS ESFERAS DEL PODER MATERIAL
- 20- A.- Ambito interno del poder en la posesión ad usucapionem.
 - 1.- En los bienes inmuebles.
 - 21- a) Accesibilidad al objeto poseído.
 - 22- Factores determinantes de la accesibilidad.
 - 23- aa) No inmisión de tercero.
 - La ocupación clandestina y la pérdida del "corpus"
 - 24- bb) Fuerzas personales impeditivas.
 - 25- cc) Fuerzas naturales impeditivas: inundación.
 - 26- Pérdida y recuperación de la posesión

- 27- b) Disfrute de la posesión.
- 28- Naturaleza del disfrute
- 29- Valoración del disfrute: sus factores.
- 30- aa) Naturaleza del objeto
- 31- bb) Existencia o ausencia de título
- 32- c) Posibles repercusiones en la usucapión de
la función social que se atribuye a la po
sesión..
- 33- - Razones que justificarían el que la pose-
sión ad usucapionem se fijasen en la ade-
cuada utilización económica del objeto.
- 34- 1ª La idea de producción adecuada a la natu-
raleza del objeto es extraña a nuestra or-
denación jurídica de la posesión y usuca-
pión.
- 35- 2ª La titularidad del derecho subjetivo no
obliga técnicamente a la puesta en produc-
ción de su objeto.
- 36- - Repercusiones sobre la usucapión de la ca-
lificación de un bien como mejorable hecha
por una ley especial.

2.- En los bienes muebles

- 37- - Peculiaridades físicas, económicas y jurídicas.
- 38 - La permanencia bajo el poder del poseedor: art.
461, C.c.

- Criterios que determinan el "poder" en la posesión de los bienes muebles, según el Derecho español.
- 39- a) Principio de continuidad.
- 40- b) "Qui possidet continens videtur possidere contentum".
- 41- - Análisis del art. 449 C.c.
- 42- - Presupuestos de su aplicabilidad
 - aa) Cosas raíces: interpretación extensiva.
- 43- Tipo de posesión de las mismas que se requiere.
- 44- bb) Muebles y objetos.
- 45- cc) Su ubicación en la cosa raíz.
- 46- - La prueba en contrario.
- 47- c) Se posee lo que se tiene a través de otro sujeto mientras no se demuestre la interversión.
- 48- d) La tenencia de las cosas fuera del ámbito en que se atribuye la posesión al poseedor.
 - 49- aa) Cosas que socialmente se entienden poseídas.
 - 50- bb) Cosas que socialmente se entienden perdidas.
 - 51- cc) Cosas que socialmente se entienden abandonadas.
- 52- e) Posesión de las cosas de ignorado paradero
 - 53- - Antecedentes históricos
 - 54- - Ignorancia accidental e ignorancia no accidental.
 - 55- - Posibles situaciones.

- aa) Cosas de: ignorado paradero que se contienen en espacios de posesión exclusiva.
- 56- bb) Cosas de: ignorado paradero que se contienen en espacios de posesión no exclusiva.
- 57- f) Cosas muebles inaccesibles.
- 58- g) Cosas perdidas u olvidadas en el ámbito posesorio de otros sujetos.

2.- En los semovientes.

- 59- - Peculiaridades de los mismos como objetos de posesión.
- 60- - Animales domésticos.
- 61- - Animales fieros y domesticados: delimitación de sus respectivos conceptos.
- 62- a) Régimen jurídico posesorio de los animales amansados.
- 63- aa) Adquisición originaria de los mismos: la ocupación.
- 64- aaa) Ocupación por terceros de un animal amansado.
- 65- bbb) Ocupación por tercero de mala fe.
- 66- bb) Formas derivativas de adquirir la posesión de los animales amansados.
- 67- cc) Pérdida de la posesión de los mismos.
- 68- b) Régimen jurídico posesorio de los animales fieros.
- 69- - Animales fieros con amplia libertad delimitada.
- 70- aa) Antecedentes.

- 71- bb) Régimen jurídico de la posesión de los animales fieros; que por destino del poseedor han sido colocados en libertad delimitada.
- 72- cc) Animales que se encuentran en un espacio delimitado sin "animus" del poseedor del mismo.
- 73- - Pérdida de la posesión de los animales fieros.
- 74- B- Ambito externo del poder en la posesión ad usucapionem.
- 75- - Valoraciones del mismo.
 - 1.- La exclusión de toda influencia extraña en la noción posesoria de SAVIGNY
- 76- 2.- Direcciones sociológicas
- 77- - Fundamento último de la abstención de terceros.
- 78- - Primacía entre el aspecto externo e interno de la posesión.
- 79- - La posesión de tercero contra la voluntad del poseedor, límite de las situaciones posesorias.
- 80- V. ESPIRITUALIZACION DEL "CORPUS"
- 81- 1.- Posesión del despojado.
- 82- 2.- Posesión civilísima.
 - Antecedentes.
 - El Código civil.
- 83- 3.- Posesión mediata.
- 84- 4.- Posesión posterior a la entrega por pacto de constituto posesorio.
- 85- 5.- Referencia a la posesión registral.
- 86- 6.- La ficción del artículo 466.

CAPITULO SEGUNDO

"Animus possidendi" (posesión en concepto de dueño)

I. INTRODUCCION

- 87- La posesión en concepto de dueño es requisito de todo tipo de posesión "ad usucapionem"
- 88- Concepto de dueño y "animus possidendi."
- 89- II. POSESION EN CONCEPPTO DE DUEÑO Y EN CONCEPTO DE TENEDOR: ART. 432 C..c.
- 90- - Interpretacioness del mismo.
- 91- - Alcance del artículo 430.
- 92- - "Perteneniendo eel dominio a otra persona": La posesión en conceptoo de tenedor.
- 93- - Contenido de la expresión "posesión en concepto de dueño".
- 94- - Significado jurídico de la expresión "concepto de dueño".

III. REFERENCIA DE LAA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO A LA POSESION CIVIL.

- 95- - Antecedentes.
- 96- a) Derecho romano
 - 1.- Possesssio iusta.
 - 2.- Possesssio ex iusta causa
 - 3.- Possesssio civilis.
- 97- b) Evolución iposterior.

- 98- Antecedentes inmediatos del Código civil.
- 99- - Conexión en el Código civil entre la posesión civil
 y la posesión en concepto de dueño.
- 100- - Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

IV. LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO Y LA USUCAPION

- 101- - Terminología.
- 102- - Voluntad de haber la cosa como suya y posesión en
 concepto de dueño.
- 103- A.- Tipificación del animus en el concepto de due-
 ño.
- 104- - Significado de la autonomía de la voluntad
 en relación con la tipicidad del animus en
 la posesión ad usucapionem.
- 105- B.- Objetivación del animus y concepto de dueño.
- 106- - La configuración objetiva de la voluntad en
 la posesión ad usucapionem.
- 107- 1.- Concepto en que se adquiere la posesión:
 su objetivación por el título.
- 108- - El título de atribución en la posesión
 ad usucapionem: influencia sobre el con-
 cepto de la posesión.
- 109- a) Ocupación.
- 110- aa) Ocupación del objeto (propio).
- 111- bb) Entrega que no va precedida de justa
 causa: Ocupación impropia.

- 112- b) Formalidades para adquirir la posesión.
- 113- aa) Cesión de posesión o entrega.
- 114- bb) Adquisición por el heredero de la posesión civilísima.
- 115- cc) Formas procesales de adquirir la posesión.
- aaa)) Interdicto de adquirir.
- 116- bbb)) Ejecución satisfactiva.
- 117- 2.- Presunción de continuidad en el concepto en que se adquiere la posesión.
- 118- - Intervención del concepto posesorio: concepto y clases.
- 119- a) Intervención por mutación del título (bilateral).
- 120- b) Intervención por sentencia (interrupción civil).
- 121- c) Intervención unilateral (contradictio).
- 122- - Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- 123- - Requisitos de la intervención a efectos de la usucapión.
- 1) Cambio de voluntad.
- 124- 2) Publicidad.
- 125- 3) Subsanción del vicio.
- 126- 4) Prueba de la intervención.
- 127- - Efectos respecto a la usucapión.
- 128- - La influencia del título sobre la posesión en concepto de dueño según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- 129- V. POSESION QUE NO ES EN CONCEPTO DE DUEÑO.
- 130- - El artículo 1942 del C.c.
- 131- - Posesión en precario.
- 132- - El precario en el Derecho romano.
- 133- - La posesión precaria en el Derecho francés.
- 134- - El precario en el Derecho español: sus significados.
- 135- El precario como situación jurídica derivada de un contrato..
El precario en relación con la posesión ad usucapionem.
El denominado precario procesal: aspectos que abarca.
- 136- 1ª La posesión concedida.
- 137- 2ª La posesión tolerada.
- 138- 3ª La posesión sin título.
- 139- A) Actos ejecutados en virtud de licencia
- 140- - Antecedentes inmediatos.
- 141- - Significado de la referencia del Código a los mismos.
- 142- - Notas caracterizadoras de los actos ejecutados en virtud de licencia.
- 143- - Enumeración de situaciones ejecutadas en virtud de licencia.
- 144- - Actos jurídicos equiparables a los ejecutados por licencia.
- 145- - La interversión de la posesión en las situaciones jurídicas no aptas para la usucapión derivada

das de la Ley.

B.- Actos meramente tolerados

- 146- - Caracterización jurídica de los mismos.
- 147- - 1) ¿Carácter jurídico o extrajurídico?
- 148- 2) Caracterización en atención al tipo de actos.
 - a) Carácter limitado.
 - 149- b) Carácter transitorio.
 - 150- c) Carácter poco molesto.
- 151- - Crítica que merece la caracterización de la tolerancia en atención a las cualidades de los actos.
- 152- 3) Caracterización de los actos tolerados en atención a la voluntad.
- 153- Los actos tolerados según el artículo 1942 del Código Civil.
- 154- Interpretación de nuestra doctrina.
- 155- - Carácter bilateral de las situaciones de mera tolerancia.
- 156- El sujeto tolerante
- 157- - Caracterización de la voluntad tolerante.
- 158- - Tolerancia y título adquisitivo.
- 159- - Tolerancia y aquiescencia.
- 160- - Tolerancia y licitud de la situación posesoria.
- 161- - Tolerancia y voluntad tácita o presunta.
- 162- - Efectos de la revocación de la tolerancia.
- 163- - Intervención de la posesión tolerada.
- 164- - Referencia a las situaciones de mera tolerancia.
 - 1.- Situaciones jurídicas de mera tolerancia pro

pia.

-165- 2.- Situaciones jurídicas de mera tolerancia impropia.

-166- C.- ACTOS POSESORIOS EJECUTADOS POR GESTION.

-167- VI.- PARTICULARIDADES DE ALGUNOS TITULOS.

-168- A.- Título nulo o inexistente: Su influencia sobre la posesión en concepto de dueño.

-169- - Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

-170- - Repercusiones de la nulidad del título sobre algunas formas de entrega.

-171- - Adquisición de la posesión por ocupación.

B.- Título anulable

-172- Características del mismo.

-173- Usucapión del adquirente frente al transmitente.

-174- Usucapión frente a un tercero.

-175- C.- Título rescindible.

-176- D.- Título simulado.

-177- E.- Título fiduciario.

-178- F.- Posesión proveniente de donación.

-179- - Delimitación del supuesto a analizar.

-180- - Razones que justifican la influencia del título gratuito sobre la posesión ad usucapionem.

-181- - Repercusiones concretas del título gratuito.

1.- Caracterización de la titularidad.

-182- 2.- Caracterización de los bienes.

- 183- G.- Condición suspensiva.
- 184- - Efectos "inter partes".
- 185- 1) Condición pendiente.
- 186- 2) Condición cumplida: la retroacción del efec
to con referencia a la usucapión.
- 187- 3) Condición incumplida.
- 188- - Efectos frente a tercero propietario.
- 189- H.- Condición resolutoria
- 190- - Condición pendiente.
- 191- - Condición cumplida.
- 192- - Condición incumplida.
- 193- I.- Titularidades temporalmente limitadas
 - Efectos propios del término.
- 194- - Coexistencia de titularidades temporalmente li-
mitadas referidas a un mismo tipo de derecho de
carácter real.
- 195- - Titularidades temporalmente limitadas sin trans
cendencia real: negocio con término inicial.
- 196- J.- Cotitularidad.

SECCION SEGUNDA

Caracteres de la posesión "ad usucapionem"

CAPITULO PRIMERO

P o s e s i ó n P ú b l i c a

- 197- Posesión que no es pública y posesión clandestina: diferencias.
- 198- Patentización de la posesión "ad usucapionem."
- 199- Fundamento de este requisito.
- 200- Ambito de la publicidad.
- 201- Actos de exteriorización del "corpus possessionis": contenido negativo de la publicidad.
- 202- Exteriorización del concepto en que se posee.
- 203- El "animus celandi".
- 204- Carácter relativo de la posesión pública.
- 205- Prueba del carácter público de la posesión "ad usucapionem"

CAPITULO SEGUNDO

P o s e s i ó n P a c í f i c a

- 206- Introducción.
- 207- I. POSESION ADQUIRIDA CONTRA LA VOLUNTAD DEL ANTIGUO POSEEDOR.
- 208- - Supuestos según la forma de obtenerse la posesión.
- 209- - La voluntad del anterior poseedor.

- 209 bis- -Significado de la buena fe del ocupante.
- 210- -Naturaleza real (del carácter no pacífico de la posesión.
- 211- -Transformación de la posesión no pacífica.
- 212- II. COSAS POSEIDAS MEDIANTE DELITO.
- 213- - Las cosas forzadas y robadas en el Derecho histórico español.
- 214- A) Poseedores de mala fe.
 - 1.- En las Partidas.
 - 215- 2.- Nueva y Novísima Recopilación.
- 216- B) Poseedores de buena fe: ¿Carácter real del vicio?.
- 217- - El sistema del Proyecto de 1851.
- 218- -Código civil.
- 219- - Carácter mueble del objeto.
- 220- - Figuras delictivas que comprende el art.1956.
- 221- - Naturaleza de la prohibición de usucapir.
 - Sujetos a quienes afecta.
 - a) Autores cómplices y encubridores.
 - 223- b) herederos.
 - 224- c) Terceros.
 - 225- - Cómputo del término de usucapión.
 - 1º Terceros exentos de responsabilidad civil y criminal.
 - 226- 2º Autores cómplices y encubridores.
 - 227- a) Términos extintivos.
 - a.a) La responsabilidad civil.

bb) La responsabilidad penal.

-228- b) Cómputo del término de usucapión.

-229- 3º Herederos y causahabientes.

III. POSESION DE DESARROLLO NO PACIFICO

-230- Derecho histórico español.

-231- Posesión que se tiene en paz.

-232- La posesión pacífica en el Derecho Canónico.

-233- La posesión mantenida por la fuerza: Punto de vis
ta doctrinal.

-234- Posesión pacífica en el desarrollo.

-235- Conclusión.

SSEGUNDA PARTE

El desarrollo en el tiempo de la posesión "ad usucapionem"

CAPITULO PRIMERO

La adquisición de la posesión "ad usucapionem"

-236- Introducción

-237- I.- MODOS DE ADQUISICION DE LA POSESION

-Análisis del artículo 438.

-238- -Elaboración del mismo.

-239- -Interpretaciones

a) Jurisprudencia.

-240- b) Doctrina

-241- Posible alcance del artículo 438.

-242- Actos y formalidades establecidos para adquirir tal derecho: Derecho al que se refieren.

-243- Enumeración de los mismos.

-244- Cuestiones que suscita la adquisición derivativa de la posesión.

II.- FORMAS ORIGINARIAS DE ADQUIRIR LA POSESION "AD USUCAPIONEM"..

-245- Doble faceta de la ocupación.

-246- Concepto.

-247- Elemento material.

-248- La voluntad exteriorizada.

-249- Ausencia de vicios.

-250- Objeto material de la ocupación: particularidades del mismo.

III.- CESION DE POSESION O ENTREGA

-251- Introducción.

-252- A-Terminología

- "cesión de posesión" y "entrega"

-253- - entrega y tradición.

-254- B-Supuestos de entrega sin transmisión del derecho.

-255- 1) Título o causas de la entrega.

-256- Derecho romano.

-257- Derecho moderno

-258- a) Sistema francés.

-259- b) Sistema alemán

-260- c) Sistema español

aa) Naturaleza causal de la cesión de posesión.

-261- aaa) Antecedentes.

-262- bbb) Doctrina de la abstracción.

-263- ccc) Doctrina causalista.

-264- bb) Necesidad de la entrega para la transmisión del dominio: desviaciones doctrinales.

-265- aaa) En la entrega por el mero acuerdo de las partes.

-266- bbb) En la entrega instrumental.

-267- cc) Repercusión de la ausencia de título sobre la posesión "ad usucapionem".

-268- 2) La entrega que no va precedida de contrato tras-

lativo de ddercho real.

- 269⁺ 3) Capacidad y/ libre disposición.
- 270- 4) Cláusula dde: reserva de dominio.
- 271- Repercusionnaes del pacto de reserva de dominio sobre la ppoosesión "ad usucapionem".
- 272- a) relacionnnes interpartes.
- 273- b) relacionnnes con terceros.

C.- Las formas de eentrega según la clase de bienes en el Código Civil.

- 274- Antecedentes
- 275- El Código Civiill.

D.- Análisis de laass formas de entrega.

- 277- AA) Formas de eentrega basadas en el apoderamiento.
- 278- 1. Apoderaammiento material sobre la cosa.
- 279- 2. Apoderaammiento de vista (entrega longa manu).
- 280- 3. Apoderaammiento de un medio de acceso a la co-
sa.
- 281- a) Mediiicos materiales de acceso a la cosa: en
tregga de las llaves.
- 282- - Laa : posençia de la cosa en la entrega de
laass llaves.
- 283- - Trreansmisión de la posesión de los inmue
bbles por la entrega de las llaves.
- 284- - Ottrros medios.

- 285- b) Entrega de un instrumento jurídico que legitime el acceso a la cosa.
- 286- aa) Entrega de los títulos de pertenencia.
- 287- bb) Títulos de tradición.
- 288- - Régimen jurídico de los títulos de tradición.
- 289- - Derecho de crédito.
- 290- - Derecho real sobre las mercancías.
- 291- - Aplicaciones prácticas.
- 292- aaa) Resguardos de depósito.
- 293- bbb) Cédula pignoratícia.
- 294- - Posesión de los títulos de tradición y posesión "ad usucapionem".
- 295- aaa) Posesión en concepto de dueño.
- 296- bbb) La violencia en la posesión de los títulos de tradición.
- 297- BB) Formas de entrega basadas en la voluntad
Su significación jurídica.
- 298- 1.- Antecedentes.
Derecho Romano.
- 299- "Constitutum possessorium"
- 300- aa) El pacto agregado
- 301- bb) Caracter causal del constituto.
- 302- "Traditio" e instrumento
aa) "Traditio instrumentorum."
- 303- bb) Significado del instrumento en relación con la entrega en el Derecho Romano Vulgar.

- 304- Fuentes nacionaales.
- 305- El punto de viastta del Derecho común y su influencia en nuestra doctrina.
- 306- El constituto posesorio en las Partidas: la abs-tracción del cconstituto.
- 307- Práctica de los siglos XVI a XVIII: superación de la entrega dell documento y cláusula de constituto posesorio.
- 308- La entrega inssttumental en el Proyecto de 1851.
- 309- a) Carácter possesorio de la tradición instrumen-tal en el PP.. de 1851.
- 310- b) ¿Cómo llegó la práctica a la entrega instrumen-tal?.
- 311- 2.- El otorgamienttoo de escritura como formalidad apta para transmitiirr la posesión.
- 312- Repercusiones ssobre el comienzo de la usucapión.
- 313- Panorama de laa doctrina española.
- 314- - Posición dee LACRUZ.
- 315- Primer arguumento.
- 316- Segundo argguumento.
- 317- Tercer arguumento.
- 318- a) Supuestoss de sucesión universal.
- 319- b) Sucesión particular "mortis causa": el legado.
- 320- c) Donaciónes.
- 321- d) Dote estiimada.
- 322- e) Condiciónn.
- 323- 1º Condición suspensiva.

- 324- 2º Condición resolutoria.
- 325- f) Retracto convencional.
- 326- g) Títulos infirmes.
- 327- Posición de ALEBALADEJO.
- 328- Posición de LA ILAGUNA.
- 329- Posición de GARCIA VALDECASAS.
- 330- 3.- La adquisición de la posesión "ad usucapionem" a través de la escritura pública.
- 331- a) Posesión requerida en el "tradens": análisis de los diferentes supuestos.
- 332- aa) Posesión corporal.
- 333- bb) Posesión mediata.
- 334- aaa) IPosesión mediata.
- 335- bbb) IPosesión incorporal del despojado.
- 336- ccc) IPosesión civilísima.
- 337- ddd) IPosesión real legítima para el eddicahucio de precario.
- 338- --- La posesión real y la entrega instrumental.
- 339- --- Análisis de los supuestos de posesión real en relación con el problema que consideramos.
 - 1º) Posesión concedida.
 - 2º) Posesión tolerada.
 - 3º) Posesión sin título.
- 340- --- Efectos del otorgamiento del documento público por el llamado poseedor real.

- 341- b) Forma de transmitirse la posesión a través de la escritura pública.
- 342- c). Límites al efecto de cesión de posesión producido por la escritura pública.
- 343- Doctrina del Tribunal Supremo.
- 344- 4.- Entrega por el soldo acuerdo o conformidad de los contratantes.
- 345- a) Imposibilidad de trasladar la cosa vendida a poder del comprador.
- 346- - Caracteres del acuerdo.
- 347- - Sus requisitos.
 - aa) Imposibilidad de trasladar la cosa.
- 348- bb) Mutuo acuerdo de las partes.
- 349- cc) Disponibilidad de la cosa.
- 350- b) La cosa vendida estaba ya en poder del comprador por algún otro motivo.
- 351- 5.- El uso consentido.
- 352- 6.- Autorización de ingreso.

CAPITULO SEGUNDO.

Límites de la posesión "ad usucapionem"

I. INTRODUCCION

- 353- Límites que vamos a considerar.
- 354- La posesión "ad usucapionem" ha de ser "no interrumpida".
- 355- Interrupción de la prescripción o interrupción de la posesión.
- 356- Falta de continuidad e interrupción de la posesión.
- 357- Tratamiento sistemático de las cuestiones relativas a la continuidad de la posesión.

-358- II. TIPOS DE INTERRUPCION

- 359- Nuestros antecedentes doctrinales de la interrupción.
- 360- Referencia de la interrupción civil a la posesión.
- 361- Caracterización jurídica de la interrupción de la forma "ad usucapionem" y sus formas natural y civil.

III. INTERRUPCION NATURAL DE LA POSESION

- 362- A) Enumeración de los supuestos de interrupción natural.
- 363- 1.- Derecho francés.

- 364- 2.- Derecho italiano.
- 365- 3.- Derecho español
 - a) Nuestros antecedentes.
 - 365- aa) Las Partidas: fórmula unitaria de la Glosa de G. LOPEZ.
 - 366- bb) Las leyes de Toro.
 - 367- cc) Proyecto de 1851.
 - 368- dd) Opinión de GUTIERREZ.
 - 369- b) El Código Civil: cuestiones que suscita.
 - 370- aa) Causas de interrupción natural.
 - 371- bb) Interrupción de la posesión y transcurso del año.
 - Planteamiento de la cuestión.
 - 372- Antecedentes históricos.
 - 373- Interpretación del art. 1944 C.c.
 - 374- Explicación de la persistencia de sus palabras finales.
 - 375- cc) Efectos generales de la interrupción natural.
 - 376- Efectos particulares sobre el título.
- B) Formas de Interrupción natural.
 - 377- 1.- Abandono de la cosa.
 - Introducción.
 - 378- Abandono de la posesión y abandono de los derechos.
 - Algunas figuras paralelas al abandono.

- 379- a) Abandono de la a posesión "ad usucapionem" y re-
nuncia a la prerescripción ganada.
- 380- b) Renuncia a un t tiempo de posesión disfrutada, he-
cha con anterioridad a la usucapión.
- 381- c) Renuncia a la t usucapión previa al ejercicio de la
posesión.
- 382- d) Pérdida y abandono.
- 383- e) Abandono e incumplimiento de la condición potes-
tativa pactada con carácter resolutorio.
- 384- - Supuestos de abandono
 - a) abandono de : La cosa:
 - sus requisitos.
 - la pugna d de intereses que suscita el abandono
 - b) Abandono impuesto
 - aa) Echazón:
 - Su concepto y naturaleza jurídica.
 - Echazón practicada por el poseedor "ad
usucapionem".
 - bb) Pérdida a de posesión determinada por la inter-
vención n de otro sujeto que no intenta obtener
la para a sí.
 - Calificación jurídica.
 - Efectos.
 - aaa) Bienes inmuebles.
 - bbb) Bienes muebles.
 - cc) Pérdida a de la posesión mediata por abandono
del poseedor inmediato.

- 395- c) Abandono del poseedor mediato.
- 395 bis- d) Abandono de una parte de la cosa poseida.
- 396- -Efectos del abandono de la cosa en relación con la posesión "ad usucapionem".
- 397- -Prueba del abandono.
- 398- 2.- Posesión de tercero contra la voluntad del poseedor.
- 399- - Requisitos de esta causa de interrupción posesoria.
- 1º.- Posesión incontestada.
- 400- 2º.- Intención del ocupante de tomar la cosa para sí..
- 401- 3º.- Transcurso de un año.
- 402- - Comienzo del cómputo del año.
- 403- - Posible interrupción del cómputo del año.
- 404- - Efectos.
- 405- - Efectos del despojo sobre la continuidad de la posesión.
- 406- - Recuperación de la cosa por el despojado con posterioridad al transcurso del año.
- 407- - Momento de iniciar el despojante la posesión "ad usucapionem"..
- 408- - La adquisición de la posesión de la cosa por tercero de buena fe: Repercusiones sobre la posesión del despojado.
- 409- - Asimilación al despojo de la interversión de la posesión.

-410- - Régimen jurídico de algunos supuestos particulares.

-411- a) Sucesivas (des)posesiones.

-412- b) Pérdida y recuperación de la posesión por el despojante : dentro del año posterior al despojo.

-413- c) Ocupación y abandono sin recuperación.

-414- d) Transmisión de la posesión por el usurpador.

-415- e) Recuperación de la cosa por el propietario

IV.- INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA POSESIÓN

-416- - Introducción.

-417- - Naturaleza jurídica de la interrupción civil.

-418- - Formas de interrupción civil:

A) Carácter taxativo de las mismas.

-419- B) Operatividad interruptiva de las formas de interrupción civil.

-420- C) Análisis de las formas de interrupción civil.

AA) Interrupción por sentencia judicial.

-421- 1.- Requisitos de la sentencia interruptora.

-422- 2.- Efectos.

-423- 1) La doble interversión.

-424- 3.- Retroacción del efecto interruptivo de la sentencia.

-425- a) Acto de conciliación.

- Antecedentes legales.

- 442- aa) Reconocimiento consecuente.
- 443- bb) Reconocimiento con oposición al derecho
 de dueño.
- 444- - Requisitos de la interrupción por reconoci-
 miento del derecho del dueño.
- 445- - Fundamento jurídico de esta causa de inte-
 rrupción..
- 446- - Efectos del reconocimiento del derecho del
 dueño.
- 447- - Naturaleza.

Indicace del Tomo Primero

Introducción	II
Parte Primera:	
Estructura de la posesión "ad usucapionem"	3
Sección Primera:	
Elementos integradores de la posesión "ad usucapionem"	4
Capítulo Primero:	
Corpus possessionis (tenencia)	5
Capítulo Segundo:	
Animus possidendi: (posesión en concepto de dueño)	79
Sección Segunda:	
Caracteres de la posesión "ad usucapionem"	194
Capítulo Primero:	
Posesión pública	195
Capítulo Segundo:	
Posesión pacífica	206
Parte Segunda:	
El desarrollo en el tiempo de la posesión "ad usucapionem"	240
Capítulo Primero:	
La adquisición de la posesión "ad usucapionem" ...	241
Capítulo Segundo:	
Límites de la posesión "ad usucapionem"	395
Índice sistemático	512

R.d. 50.653

TE 638

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

NOTAS AL TEXTO



BIBLIOTECA
DE DERECHO

I n t r o d u c c i ó n

- 1) MOLINARIO ha mantenido a lo largo de su interesante trabajo, "De las relaciones reales" un repudio total y absoluto del concepto unitario de la posesión, que inexplicablemente sostienen todos los autores a pesar de que algunos de ellos distinguen, por ejemplo, la posesión interdictal de lo que consideran como posesión común. "Se tiene la prueba de esa confusión, agrega en la circunstancia de señalarse por casi la totalidad de los tratadistas las funciones que desempeñan en la práctica las distintas relaciones reales, como si fuesen funciones diversas realizadas por una sola institución a lo que denominan posesión". Así puede concluir, con demasiado realismo quizá: "En cada función y situación distingue una relación real autónoma... Op.cit, p. 13-1144.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

DE LA PRIMERA PARTE - SECCION PRIMERA

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1) Terminológicamente se designa al corpus con las voces "detentación" o "tenencia"; ambas denotan la materialidad de la posesión. Junto a este sentido se da otro al término "detentación": posesión que se tiene en nombre de otro, BARBERO, Sistema, I, p. 294, nº 187 (1965); MONTEL, Disciplina del possesso, nº 9, p. 24 (2ª ed.); PANNAIN, Remo, Il possesso nel Diritto penale, p. 15 (Roma, 1946).
- 2) La clasificación es difícil y en muchos casos hasta imperfecta, pero nos ayuda a conocer mejor el pensamiento de otros autores, con este propósito intentamos hacerla.

Ha de advertirse, por otra parte, que quedará referida tan sólo al elemento material. No debe extrañar por ello que los mismos autores se encuentren, en otras obras bajo etiquetas diferentes. Como ejemplo, las teorías de JHERING y SAVIGNY suelen encuadrarse respectivamente en la teoría objetiva y subjetiva, porque el primero cifra la posesión en la relación con la cosa consciente y voluntaria y el segundo en la detentación que vaya acompañada del animus possidendi, consistente en la intención de ejercer el derecho de propiedad: JHERING,

La posesión, Madrid, 1926; SAVIGNY, Tratado de la posesión, Madrid, 1845, especialmente en p.56 ss. También GENTILE, Possesso, Turín, 1965, n.8; BARASSI, Il possesso, Milán, 1952, p. 44 a 52; GARCIA VALDECASAS, G., La posesión, p.12; HERNANDEZ GIL, A., Función social de la posesión, p.15 a 32; MARTIN PEREZ, La posesión, p.38 ss; MONTEL, Possesso (1962) nº 5 a 7, p.8 ss; SCHWAB, La Théorie possessoire objective, París, 1907, p.9 ss.

- 3) NOODT sostenía que entre los jurisconsultos romanos existió una controversia acerca de la aprehensión. Algunos jurisconsultos anteriores a SAVIGNY entendieron que, todo ello, no depende más que de la manifestación de la voluntad, por influencia de los principios del Derecho natural: GASSER, P. Diss. de apprehensione possessionis - (1731), PAUW, B., Diss. de apprehensione possessionis (1737), información en SAVIGNY, La posesión, p.112, nota 1, Madrid, 1845. Igualmente, para sus precedentes vid. este autor op. y pag. cit. y SALEILLES, La Posesión, Madrid, - 1909, p.21 a 24.
- 4) "La sociedad, indica GUTIERREZ, está directamente interesada en respetar la posesión que es ese estado en el cual, según SAVIGNY, no sólo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia sobre la cosa poseída, si no también alejar toda influencia extraña. Necesitamos recordar las palabras del jurisconsulto alemán, porque

su teoría sobre la posesión ha sido favorablemente acogida y ha de servirnos de base para algunas explicaciones" GUTIERREZ, Códigos, II, p.548 (1881).

- 5) Tratado de la posesión, p.114, (Madrid,1845).
- 6) SALEILLES, La posesión, 1909, p.26.
- 7) JHERING, La posesión, (I.- el fundamento de la protección posesoria; II.- La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante) Madrid, 1926.
- 8) Otras críticas en MONTEL, Possesso (1962), nº 6.
- 9) Pandette, I, p.529, nota 4, Turín,1930. También WOLFF, Derecho de cosas, en Trat. Enneccerus, III,12, Barcelona, 1944, p.30.
- 10) WINDSCHEID, Pandette, I, 530, nota 8 (1930).
- 11) Pandette, I, 548 (1930)
- 12) Derecho de cosas, en Trat.Enneccerus, III-12,p.30, Barcelona,1944.
- 13) Instituciones, Trad.española (1931),I,p.806.

- 14) Op. cit., I, p.813.
- 15) Op. cit., I, p.812.
- 16) Derechos reales, p.43 y 49.
- 17) Instituciones, II, p.38, (1964).
- 18) Amplia referencia a este planteamiento en la doctrina posterior, en FEDELE, Possesso ed esercizio, Turín, 1950.
- 19) La posesión, parte I, pag.207, (1926).
- 20) Op. cit., pág.188.
- 21) Op. cit., p.214-215.
- 22) Op. cit., p.216.
- 23) La teoría de JHERING no corresponde a la práctica del Derecho alemán actual: SALEILLES, La posesión, p. 45, (en nota) (1909).
- 24) Función social de la posesión, p.32 ss. Cupieron para ella los elogios de WINDCHEID (p.33).

- 25) OLIVART, Posesión, p. 50, nº 36.
- 26) V. HERNANDEZ GIL, Función social de la posesión, pg 34, nota 64.
- 27) Códigos II p.547, (Madrid, 1881).
- 28) OLIVART, op. cit. p. 476; Cfr. también HERNANDEZ GIL Función social, p.34.
- 29) Posesión, es para estos autores "exercice sur une chose d'un pouvoir de fait qui, dans sa manifestation extérieure, et en même temps, dans l'intention du possesseurs correspond à l'exercice d'un droit". Traité nº 2282.
- 30) Leçons, II, p. 1149 (2ª ed.).
- 31) Sistema I, p. 295-96 (1965)
- 31-bis) Disciplina del possesso, (2ª ed.), p.19.
- 32) Instituciones, I, p.429, (1959).
- 33) FEDELE, autor que ha estudiado el tema de la posesión, en relación con el ejercicio del derecho, llega a las

siguientes conclusiones:

a) La fórmula de la posesión de cosas, entendida como ejercicio del derecho de propiedad, es totalmente inadecuada para referirla a todos los supuestos posesorios que no impliquen poder de hecho.

b) Y aún en los supuestos en que existe poder de hecho, esta fórmula no explica el momento final de la situación posesoria, el cual no consiste jamás en el no ejercicio de la propiedad. Possesso ed esercizio, nº 18, p. 61.

Sobre las innovaciones del artículo 1140 del nuevo Código Civil italiano: BARASSI, Possesso, , p. 104 ss. (Milán, 1952).

- 34) La posesión, p. 159-160 (1909).

- 35) La posesión, p.158-159 (1909).

- 36) Cfr. WINDSCHEID, Pandette I, p.530, nota 8 (Trín,1930), interpretación restrictiva de las adquisiciones sin "corpus" de las fuentes.
Véase MUCIUS, Com. VIII p. 122ss.(1948).

- 37) Instituciones, p.359 (Madrid,1959).

- 38) Com. Lib. Prop. p.937 (Florencia,1942).

- 39) Inst. I p. 826 ss. (1947).

- 40) Possessio ed esercizio, p.61 a 64, especialmente p.62-63, v.también NUVOLONE, Il possesso nel Dto. penale, en donde alude a la posesión como apariencia de derecho, p.25 ss. También entre nosotros se ha valorado en el poseedor la probable titularidad: GOMEZ de la SERNA-MONTALBAN, Elementos, I p.689 (1886). En el Código civil se observa el influjo de esta concepción.

- 41) Función social, p.117. Es interesante insertar la postura de HERNANDEZ GIL en el "sociologismo jurídico" que nos propone, al propósito del cual nos dice: "El sociologismo jurídico que propugno dista, por igual, de ver

en el Derecho el trasunto de un irreflexivo acontecer y del decisionismo. Por su sentido de lo jurídico como plegado a lo social, pero admitiendo también la existencia de contenidos éticos normativizados, evita y modera el impacto político directo. Precisamente esto es lo que permite dotar a la función social de un sentido rectificador de determinadas estructuras. El designio de la rectificación se ofrece como lejanamente invariable. En última esencia, la función social de los derechos es un grado de conformación y atribución de éstos que conduzca a la máxima paridad socio=económica", Función social de la posesión, p.73-74 (Madrid, 1967).

- 42) Dr. de cosas, en trat. Enneccerus, III,1, p.30-32, Barcelona (1944).
- 43) Posesión, p.17-18.
- 44) Posesión y procesos posesorios I, p.41. Esta definición la refiere a la posesión ad interdicta.
- 45) Hablamos de referencia a un derecho subjetivo y no de ejercicio del mismo (comp.art.1140, C.c. italiano), por distinguir el ámbito del ejercicio de los derechos (denominación "ius possidendi") del de la posesión (actua-

ción como si se fuera titular de un derecho) El término ejercicio podría implicar la necesidad de que los actos posesorios fuesen constantemente repetidos, lo que contradice a la idea de la posesión, montada, también en parte, sobre el estado potencial.

Por esta última razón crítica la fórmula empleada por el Código italiano MONTEL, Disciplina del possesso (2ª ed.), p.18.

- 46) Como pone de manifiesto FUNAIOLI, una cosa es la apparentia iuris como motivo inspirador de la posesión en el campo de la política legislativa (comp.art.448 C.c.), y otra entender que sin esa apariencia de derecho no hay posesión, A propósito di aparentia iuris, Riv, Dir.civ., 1942, p.131 ss. (cit. MONTEL, Disciplina possesso, 2ª ed p.23).
- 47) Concurrencia de posesiones: Estudios p. 27, nota, 40.
- 48) La correlación del hecho con el derecho la encuentra MENGONI, dentro de la noción de posesión, en la correspondencia del comportamiento del sujeto poseedor con el contenido de un esquema de derecho real, L'acquisto a non domino, p.136.

- 49) D'EMILIA ha destacado el significado del título en la posesión, Sintesi intorno alla configurazione del possesso secondo il cod. civ. Arch.giur., 1948, p.35 ss. También MONTEL está conforme en que el título sobre el cual se funda el poder de hecho constituye uno de los elementos para distinguir la posesión de la detentación, y puede, con el concurso de determinados requisitos, conducir a la adquisición del derecho, aunque discrepe en otros puntos, en el desarrollo de las ideas de aquel autor, Disciplina del possesso, p.23, (2ª ed.).

"... El título de adquisición, afirma GENTILE,... puede vale ad colorandam possessionem, o sea para cualificar la relación posesoria como inmune de precariedad" Possesso (1965), nº 327; advirtamos que el "Titulus coloratus", significó en nuestro Derecho" el que se funda en alguna apariencia de razón y de justicia", ESCRICHE, Diccionario, voz: Título colorado, p.1504.

- 50) No parece correcto pensar que se pueda considerar la situación posesoria con independencia del título por el que se posee (cfr. DIEGO LORA, Posesión y procesos posesorios, I,p.109,) pues el mismo no sólo configura el concepto en que se posee (art.436 C.c.), sino también cualifica jurídicamente a la posesión (posesión no violenta: art.441 C.c.).

- 51) V. VALLET, Estudios, p.15.
- 52) Posesión, p.7 (Madrid, 1909).
- 53) Como asegura JHERING, "ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona como la cosa" La posesión, voluntad en la posesión, p.278 (Madrid, 1926).
Agregando: "La forma, bajo la cual la persona manifiesta en voluntad dirigida hacia la cosa, consiste en que la tome para sí, es decir, en poner en relación con ella (con la persona) a la cosa de un modo exclusivo y exteriormente reconocible" Op.cit. p.284, Cfr. también WINDSCHEID, Pandette, I, p.507, a 513 (Turín, 1930).
- 54) El que toma el bastón de un amigo para verlo, no tiene intención de poseerlo en concepto alguno, MANRESA, Comentarios, IV, p.68; tampoco "el viajero que suplique a su compañero de viaje la guía de ferrocarriles para consultarla", WOLFF, Derecho de cosas, en trat. Enneccerus, p. III,1, p.30 (Barcelona, 1934).
- 55) LLAMAS MOLINA, Com. L. 45 Toro, nº 36, t.II, p.107 (1853)
La posesión civil, como contrapuesta a la natural, "sólo puede tomarse y entenderse por la posesión justa y fundada en derecho" (Op.cit. nº 39, p. 107-108).

56) LLAMAS MOLINA, Com. L. 45 Toro, nº 38.

57) El significado de la distinción posesión natural-civil acogido por el Código, venía ya apuntado en la doctrina de finales del s. XIX, con apoyo en el texto de las Partidas, que denominaba posesión civil a la posesión "solo animo" (L.2, t.30, P.3a).

En la interpretación de este texto podemos señalar dos etapas claramente distintas. En la primera la dualidad posesión natural y civil equivale a "possessio corpore et animo" y "possessio solo animo". Todavía en esta línea se afianzan, en pleno siglo XIX, SALA, Ilustración I. p. 124 nº 13 (1820); ALCALDE PRIETO, p.124 (1880) y en cierto modo FERNANDEZ ELIAS, I p.616 (1880) con referencia a la cuasi-posesión. La segunda que ofrece también una interpretación del mismo texto de las Partidas, no afecta ya sólo al modo de poseer, sino a la propia substancia de la posesión. La posesión civil será una posesión justa (buena fe, justo título) y también, como recuerdo de las Partidas, una posesión que se conserva "solo animo" (v. FEBRERO, GARCIA GOYENA, AGUIRRE, I, p.204, nº 796 (1852); GUTIERREZ, Códigos II, p.551 (1881); GOMEZ de la SERNA, Elementos, I, p. 687, nº 334 (1866); SANCHEZ ROMAN De Civil, III, p. 409 (1900).

- 58) Esto no significa que el Código no reconozca, como posesorias a las situaciones jurídicas que se incluyeran antes en la figura, bajo la consideración de posesión "solo animo". Lo que se pretende indicar es que el Código ha dejado de contraponer la possessio corpore a la possessio solo animo y que de ambas no hace una distinción técnica.

La posesión sólo ánimo se puede hoy explicar, por la continuidad que va ligada al fenómeno de la posesión, que impone reconocer la subsistencia en períodos de latencia de los contactos corporales con el objeto. Explicada desde este ángulo, sólo será posible si ha habido un comienzo de posesión corporal: "Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest" (C.7,32,4). Cfr. RUGGIERO, Instituciones, I, p.813 (Madrid,1929). "Esta situación en que el poseedor, aun no teniendo la detentio (ni teniéndole otro por él) conserva, sin embargo, la posesión, hizo decir a los romanos y repetir a los modernos que la posesión, si bien no puede adquirirse con solo la intención, puede sin embargo, nudo animo, ser conservada".

- 59) Las Partidas se inspiraron en un texto romano del Codex "Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore" (C. 7, 32,10), así lo pone de relieve GUTIERREZ, Códigos II, p.551 (1881).

Los romanistas parece que no suelen considerar este texto como fundamental en el estudio del significado de la distinción posesión natural-posesión civil, en el Derecho romano, así vid. ALBERTARIO, Corso: possesso, p. 66 a 76.

GREGORIO LOPEZ glosa así el texto de las Partidas:

"Duplex est possessio, una naturalis, quando corporaliter quis possidet; alia civilis, quando recedit a re non animo derelinquendi eam, neque possessionem ejus: et haec animo retinetur, et valet tantum, sicut in re ipsa stare detinens illam corporaliter" (Glosa a L. 2, tit. 30. P. 3a).

- 60) La doctrina moderna ha aportado un nuevo punto de vista: la posesión como ejercicio de la propiedad o de otro derecho real. A esta postura se contrapone la clásica, que ve en la posesión el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa. La abundantísima bibliografía sobre este punto se recoge en FEDELE, Possesso ed esercizio, p.11, nota 18 y p.12 nota 20.

Este autor, en la obra citada, ha pretendido volver al sistema tradicional. Para él, en efecto, ni la posesión de una cosa es ejercicio del derecho de propiedad (op.cit. p.38 y 61 nº 18), ni la llamada posesión de derechos que implican la detención, consiste en el ejercicio de los derechos mismos (op.cit. pg.70).

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, no hay duda de que en él se adopta la postura tradicional. Mas la doctrina ha intentado, hábilmente, reivindicar la más moderna concepción, que choca con nuestros textos. V. VALLET, conurrencia posesiones en, Estudios p.25 ss. y en general en todo trabajo. La concepción de B.G.B. es quizá en este punto la más cercana a la nuestra:

"En buena técnica, entiende GARCIA VALDECASAS, debe hablarse la posesión de cosas siempre que el poder de hecho sobre la cosa implique la tenencia (inmediata o mediata) de la misma, reservándose el término posesión de derechos para designar todo poder de hecho que no lleve consigo la tenencia de la cosa"^{op.cit.}/(p.20). Esta parece la dirección más adecuada a nuestro Código Civil. Cfr. FEBRERO, G.GOYENA, AGUIRRE, MONTALBAN, I nº 774.

- 61) Se ha elogiado el buen sentido del artículo 430 del Código Civil por distinguir cosas y derechos, MANRESA, Comentarios, IV, p.57.

Con respecto a este precepto advertía el Sr. FABIE en el Senado: "Cualquiera que sean las doctrinas teóricas que en este punto se defiendan, creo yo que no se encontrará nada que las contradiga en las prescripciones del Código mismo,, el cual, como no es, según hemos dicho antes, un tratado didáctico, se pone en el punto concreto de las cosas y define la posesión como desde este pun-

to de vista puede y debe definirse, y después de todo ha venido a ser definida por el derecho histórico de Castilla, y hasta puede decirse por el común sentido. Posesión es la tenencia material de la cosa".

- 62) En los derechos in re distintos del dominio, también hay detentación de la cosa, LLAMAS MOLINA, Com. L 45, Toro nº 3, I, p.102.

- 63) Cfr. LACRUZ BERDEJO, Sobre la naturaleza de las aguas públicas objeto de concesión.

La naturaleza del objeto o del derecho que se ha de usucapir se toma en consideración por la ley, que impone particulares construcciones del elemento material. Así en las aguas, "el que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas sin oposición de la Autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización" (art.149 L.A. 13-IV-1879).

La forma del uso sirve para determinar la cuantía de aprovechamiento prescrita (art.409 C.c.), así como caducan "parcialmente" los aprovechamientos de aguas por el no uso (art.148 L.A.) Se acude al "uso porque no existe un objeto con un contorno material preciso y deslindado (cosa material).

Aquí puede plantearse un problema que no vamos a resolver, porq no tocar directamente a nuestro trabajo:
¿Es uso, sólo, la sustracción del agua al caudal público?
¿Es necesario, también, el "aprovechamiento" de las aguas detraídas?.

- 64) El "aprovechamiento" de la servidumbre es esencial para su posesión "ad usucapionem" (v.art.538, C.c.). El objeto a través del cual se disfruta la servidumbre no se posee por el poseedor de la cosa misma. La posesión se ejerce a través del aprovechamiento de las facultades inherentes a la misma. El poder sobre el objeto lo tiene el poseedor en concepto de dueño.

Se puede inferir que las servidumbres, sólo se poseen, según el Código, a través del uso de las mismas; así se desprende de los artículos 546,2º (prescripción extintiva por no uso) y 542, 543, 545, y 599 C.c. (medidas que aseguran su utilización).

- 65) La cuasiposesión se ha relacionado en nuestro Derecho con la posesión de cosas incorporeales: GUTIERREZ, Códigos II, 549-550; FERNANDEZ ELIAS, Dº Civil, I, p.616 (1880) ABELLA, Código civil, p.164, nota 1 (1890); GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.20. Para ALBALADEJO, se poseen las cosas corporales o incorporeales, y los derechos, entendiéndose por posesión de un derecho "el tener de hecho el poder en que el derecho consiste" (entre los derechos poseibles incluye al

usufructo). Instituciones p.41 a 43. Quizá este autor no destaque la diferencia entre posesión de derechos ligados a la detención de una cosa y no ligados a la misma; cfr. FEDELE, Pos. ed ejercicio, p. 65 ss.

"Sujetándonos al Derecho español, quizá la opinión dominante sea concluyente de que la posesión solo se re conoce en las cosas y en los derechos reales" DE DIEGO LORA", Posesión y procesos posesorios, p.99 (1962). Este mismo autor reconoce que el T.S. no se ha pronunciado sobre la posesión de derechos, op.cit. p.102, señalando que en los Tribunales de Justicia se mira con simpatía a la posesión de derechos, op.cit. p. 105.

CLEMENTE de DIEGO pone de manifiesto que la posesión de los derechos reales se relaciona con las cosas: de ahí la confusión con la tenencia, Instituciones, I, p.429, y DE la PLAZA, como DE DIEGO no consideran a la posesión extensible a los derechos personales, cit. DIEGO LORA op.cit. p. 101. Confr. SANCHEZ ROMAN, Tomo III, p. 418, ss.

La posesión de bienes objeto de propiedad industrial surge del Registro, pero no repugna ello a la existencia de una ~~una~~ posesión de hecho al margen de la registrada DIEGO LORA, Posesión, p.68. En cuanto a la prenda ALBALADEJO la considera como derecho poseible y usucapible, Instituciones, cosas p. 46, también en Estudios de Derecho civil, p. 9 a 17 y 23 a 50.

- 66) BONFANTE, Instit. p.372 (Madrid, 1959) y PEROZZI, R.I. S.G. (1897) XXIII, p.41, por él citado.
- 67) Compárese art. 2228 C.c. francés "La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom", 854 B.G.B. "La posesión de una cosa se adquiere por la obtención del señorío de hecho sobre la misma" (traducción MELON INFANTE, pág.179), con el art. 1140 C.6. italiano: "Il possesso é il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale".
- 68) Tratar de la posesión de derechos, además de ser materia difícil nos conduciría demasiado lejos restándonos energías para acometer el tema central de nuestro trabajo. A propósito de la quasi possessio ha dicho BONFANTE: "Esta construcción que seduce muchos cerebros jóvenes por su apariencia filosófica tiene escaso valor..." Instituciones, p.372 nota 2 (Madrid, 1959).
- 69) v. nº 117 ss.
- 70) Vease nota 36 de este capítulo

- 71) Vease nota 37 de este capítulo
- 72) Inversamente el Tribunal Supremo en S. 13, marzo, 1952, en la que el título era una donación de inmueble sin escritura pública (art. 633 C.c.) valoró el comportamiento dominal del "vetus dominus" para no admitir la usucapión extraordinaria a favor del causahabiente del donatario (pretendido usucapiente).
- 73) v. L. 12. tit.3o, P.30; GUTIERREZ, Códigos II, p.579 (1881); WOLFF D^o cosas, en trat.Encacerus, III, 1o, p. 31 (1944); MAZEAUD destaca que los inmuebles se pueden poseer solo animo, pero en los muebles hace falta corpus, Leçons II p. 1182, nº 1472 (1962).
- 74) La utilidad práctica del artículo se evidencia si tenemos en cuenta que el demandante que reivindica la cosa al poseedor, parte de la consideración de que éste es poseedor (legitimación pasiva); con ello la posesión actual se da por sentada. Si el poseedor prueba que existió posesión en un momento anterior (que puede ser el de la adquisición), se presume la continuidad de la misma en el tiempo intermedio, lo que permite la usucapión.

En el Derecho Común preocupó fundamentalmente la prueba de la posesión actual y si era aplicable a la posesión el aforismo "praesumitur possessor qui semper fuit

possessor", PLACENTINO y HUGOLINO, lo afirman BASIANO lo niega, "quia possessio de facili perditur" señalando dos excepciones. Intenta una postura conciliadora ODOFREDO, distinguiendo "aut qui semel possedit asserit se possidere aut negat" En el primer caso se presume que posee y en el segundo no. "Ratio: quia ubi asserit ostendit animus retinendae possessionis et ubi negat ostendit animus deserendae possessionis et illo animo perditur". J. REVIGNY intenta unir las posturas de PLACENTINO y BASIANO, la de aquél se aplica si se trata de posesión reciente, la de éste si se trata de posesión no reciente. Información tomada de BUSSI, la formazione dei dogmi, p. 102, (Padua, 1937). Vid. en nuestro Derecho L. Partidas (L. 10 tít. 15, P.3a).

La ROTA en decisión de 5, diciembre, 1583, de la cual también nos informa BUSSI, op.cit. p. 102, aplicó la presunción de posesión intermedia, probada la actual y la remota. El mismo criterio sigue el C.c. francés, artículo 2234; el italiano (1865) art. 691 y el Proyecto de 1851, art. 1951. GARCIA GOYENA comentaba en sus Con-
condancias: "La prescripción comienza con la posesión; esta primera época es la que conviene y debe poner en claro el poseedor actual hasta por testigos en falta de instrumentos" (IV p. 311). El Proyecto de 1882 regula es
ta materia como el C.c., en dos preceptos análogos, uno situado en la posesión (art. 464) y otro en el título de la prescripción (art.31).

- 75) Con este concepto SAVIGNY pretendió integrar en una sola noción posesoria los supuesto en que las fuentes admitían la posesión sin un contacto directo con el objeto, y a los que los autores precedentes habían denominado Posesión simbólica. El valor de su construcción persiste aún hoy y es especialmente acertado que nuestro Código supiese fundir dentro de la posesión la posse-ssio retenida solo ánimo (civil de las Partidas).

Sobre esta cuestión en Derecho romano, puede verse JORS-KUNKEL, Derecho privado romano P/162, especialmente nota 2 (1937). Aquí trata del saltus aestivus vel hibernus y para este autor, no se trata de posesión solo animo, sino de "casos en que el poder sobre la cosa, aunque muy desvaído, continuaba".

En nuestro Derecho histórico vid. A. GOMEZ, Com. L. Toro 45, nº 102; LLAMAS MOLINA, Com.L.45 Toro nº 15, 16, 18, 29 a 36; SALA, Ilustración, I, p.124 (1820).

- 76) El poder material que despliega el ocupante clandestino, no tiene un significado jurídico, porque carece de proyección social. Por eso puede coexistir con el del poseedor, no estando incurso en el supuesto del art. 445 C.c. En el Derecho romano la posesión del fundo ocupado por un tercero se pierde, para los clásicos en el momento del conocimiento por el antiguo poseedor, de la ocupación del tercero, y para los postglásicos, en el mismo de la ocupación, cfr. JORS-KUNKEL, Dº.Priv.Rom., p.167 (Barcelona, 1937).

- 77) Cuando las circunstancias que impiden el conocimiento de la ocupación ajena, son de carácter personal (ej. prisión, incapacidad), no serán atendibles. Ya que en la regulación de la usucapión, ha considerado el Código Civil como prevalente, el interés objetivo del tráfico (comp. art. 1952 C.c.).

Tampoco la permanencia en país extranjero, ejerce, a este respecto ningún influjo. Si la toma en consideración el art. 1958, es por otra razón: porque el carácter abreviado de la prescripción ordinaria no debe llegar a perjudicar al titular. Este perjuicio podría producirse, porque se acorta el tiempo de posesión, y a cambio el título y la buena fe no aumentan la publicidad de esta situación. En la usucapión extraordinaria el tiempo de posesión es más dilatado y ello no justifica una protección de quien en tan largo periodo se desentiende de sus bienes. Como la ley no lo dispone, no debemos hacer aquí una excepción (comp. art.1932 C.c.).

- 78) v. SANCHEZ ROMAN, III, p.40: aunque se pierde por la usucapión la tenencia de la cosa, se conserva el derecho posesorio y la posesión jurídica.
- 79) Aquí hay legítima defensa porque la agresión no se produce hasta que no se hace pública (comp.art.444 C.c.).

- 80) Los principios ofrecidos en esta materia son de antiguo conocidos: vid. para el Derecho romano IGLESIAS, Instituciones, p.297 (1962).

En nuestros autores anteriores el Código se recoge: A. GOMEZ, equipara este caso a la pérdida por ocupación de tercero cuando no sea posible ni verosímil la recuperación, Com. in l. 45 Tauri nº 102 p. 431. Madrid - (1768). Este autor pasa un minucioso examen a la opinión del Derecho Común. Más brevemente trata del tema LLAMAS MOLINA, Com.L. 45 Tauri nº 170, destacando que la pérdida de produce aunque estemos ignorantes de dicha inundación.

Las Partidas serán el texto básico empleado por nuestros intérpretes hasta el Código civil. Regulan la cuestión en la (L.14, tit.30 P.3a): "por avenidas de rios, o por acrecimiento de mar, que se apoderasen de la cosa de que alguno fuese tenedor, de manera que la cobriese toda assi que el, nin otro por el non pudiesse fincar en la tenencia". G. LOPEZ advierte, a este propósito en su Glosa: "et quid si qualitas rei mutetur, ut quia de aqua, remansit terra sicca, vel è contra? an perimatur possessio, ut sic interrumpatur praescriptio, vide DECIUM, quod sic, consil. 302. col penult. vide ibi qualiter procedat, et l.qui universas 30 ⁶ 3. D. de acquir. possess et de inundatione maris, vel fluminis, qualiter per eam perdat⁶ur possessio, vide l. tertiam, ⁶ 9. Labeo 17.D. de acquir possess. et ibi per Alexandr. et per Felin. in cap. illud,

col. 1 de praescript.

El texto de las Partidas se comenta casi literalmente, por SALA, Ilustración I, p. 126, nº 17 (1820); FEBRERO, G. GOYENA AGUIRRE, nº 803, I, p.202 (1852); ESCRICHE, Diccionario voz, inundación p. 932, (Parías,1851) GUTIERREZ, Códigos II, p. 581 (1881); GOMEZ de la SERNA, Elementos, I, p. 691 nº 341 (1886).

Que el Código no aluda específicamente a la inundación como causa de pérdida de la posesión, no justifica la despreocupación que la doctrina posterior al mismo ha mostrado en cuanto a ella, porque al impedir, si es permanente, la subsistencia de la tenencia, destruye el corpus e interrumpe la posesión. Lo dicho puede comprobarse en autores como CASTAN, Dº civil, II, 1º, p.494, 495 (1964) y G. VALDECASAS, La posesión, p. 44 a 47 (1953).

- 81) FINZI Y FEDELE distinguen dos formas de entender la relación con las cosas: aspecto físico, para los edificios y cosas muebles; aspecto económico para los inmuebles. En estos bienes las dificultades de una continua vigilancia obligan a tomar en consideración el uso (vid.FEDELE, Pos.ed esercizio, p. 62 (1951).
- 82) v. FEDELE, Possesso ed esercizio, p.61, a 64: Destaca la importancia del usus en la posesión de inmuebles que no son edificios, por las dificultades que presenta la continua vigilancia de los terrenos.

Sin recargar la nota en el aspecto económico hay que reconocer la exactitud de la opinión de FEDELE, así como tampoco faltan razones a la afirmación de ALBALADEJO, que cifra el poseer, no en usar del poder, sino en tenerlo, Instituciones, cosas, nº 37, p.69 (1964).

"A nuestro modo de ver, ha destacado IGLESIAS, la posesión no es hecho ni acto, sino acción actividad- del sujeto: desaparece la posesión si cesa o se interrumpe la acción". Estudios, p.109 (1968).

- 83) GOMEZ, de información en Com.L. 45 Tauri, nº 102 p. 431, (Madrid, 1768).
- 84) v.nº 117 ss.
- 85) GENTILE, Effetti del possesso p: 111 (en nota) (1958).
- 86) PUGLIESE, la Prescriz.acq. p.35. La misma dirección sigue BONFANTE Scritti giurid. vari II, 469 ss. (cit.GENTILE, Effetti possesso, p.111).
- 87) Comp. Código Civil soviético; Constitución alemana; FUEN MAYOR, La propiedad privada y su función social.
- 88) v. ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p. 69 (1964).

- 89) Así lo entendiéndolo FEBRERO-G. GOYENA- AGUIRRE, I nº 800, p.201 (1852)
- 90) cfr. RODRIGUEZ SOLANO ESPIN, El proceso del art. 41 de la L.H. (Barcelona, 1953).
- 91) Merced tenerse en consideración las palabras de ESCRIBANO, insertadas en su Diccionario en la voz abandono (de cosas): "¿Puede presumirse que abandona sus heredas con ánimo de no contarlas más en el número de sus cosas, el que se ausenta por mucho tiempo sin encomendarlas a nadie, o el que estando presente las deja enteramente sin cultivar por pereza, negligencia o descuido?

En cuanto al primer caso, es indudable que no tiene lugar la presunción de abandono; pues la ley 26, tít. 12, Part.5, lejos de atribuir las heredades del ausente omiso al primero que ocupe y las trabaje, le impone por el contrario la obligación de cuidarlas y administrarlas de modo que por su culpa no se pierdan ni deterioren, y de dar cuenta al dueño con baja de gastos, como si fuese su mandatario.

Con respecto al segundo caso, no deja de haber países donde cualquiera puede tomar y hacer valer en beneficio suyo las tierras que los dueños dejan de cultivar por negligencia. También en Aragón se tienen por abandonadas las tierras que riega el Canal Imperial, si su dueño no deja de cultivarlas por cierto tiempo; y se dan en tal

caso al que las solicita (R. ced.28, febrero,1768).

Leyes de tal naturaleza tienen su fundamento en las relaciones de la agricultura con la propiedad y el interés político de los pueblos. La tierra no se ha dado al hombre sino para cultivarla: la agricultura es lo que ha producido la propiedad territorial y permanente; ella es la que ha hecho introducir la ocupación o apoderamiento habitual como medio de conservar la propiedad; y los trabajos de la agricultura son los únicos actos de que pueda inducirse esta ocupación habitual. El que cesa pues de cultivar su tierra hace ilusorio el fin de la ley fundamental que erigió la propiedad en derecho: ya no puede decirse que ocupa ni que posee actual ni habitualmente, y por consiguiente no hay razón para que conserve su propiedad"... p.5-6 (París,1851).

- 92) La L. de 3 de diciembre de 1953 sobre fincas mejorables "faculta al M. de Agricultura para someter a un plan de explotación o mejora económicamente rentable aquellas fincas rústicas sobre las que previamente hubiera recaído la calificación de finca mejorable" (art.19). No incorpora un deber general de cultivo o mejora, previo a la declaración. Como ésta se ha de hacer "en cada caso y para cada finca" (art.3), el deber que impone esta Ley se circunscribe a las fincas que reciban, previo expediente, y medante Decreto acordado en Consejo de Ministros (art.3), la

calificación jurídica de finca mejorable. Tras ella se crea una especial situación delimitada por la Ley. La finca sigue siendo transmisible (v.art.8,III). Su propietario puede optar ("si así le interesase") por la mejora, presentando un proyecto de mejora, redactado según las líneas generales del plan que incluye el Decreto calificador (arts. 3 y 4) o por la potencial expropiación de la finca, a cuyos efectos se incluye en el "Catálogo de fincas expropiables" del Ministerio de Agricultura (art. 7). La expropiación se puede efectuar dentro de cinco años desde la inclusión en el Catálogo, tiempo en que será recargada en un cien por cien la contribución territorial (art. 8, II).

Se aclara cómo en este caso, ni aun en las fincas mejorables, se impone un deber jurídico de mejora y cultivo a su propietario (o poseedor que actúa como tal). Ni siquiera hay una obligación propter rem, pues el propietario, si no opta por la mejora, puede poseer la cosa sin realizarla. En esta situación el poseedor "ad usucapionem" tampoco deja de poseer, si no hay lugar a ello, y el concepto de posesión no se transforma para albergar en sí mismo a los actos de producción adecuados a las posibilidades técnicas y económicas del objeto.

Sólo habrá un deber de mejora, cuando el propietario haya manifestado su deseo en tal sentido, y a tal efecto

presente un proyecto concreto, según las directrices del plan. Pero la sanción por el incumplimiento de esta obligación es la misma que en el caso anterior: la expropiabilidad y el recargo impositivo (art. 7 y 8,II). El deber de mejora se asume voluntariamente en este caso. No pertenece a la estructura de la propiedad; es un compromiso externo y sobreañadido. Su incumplimiento no supone la falta de ejercicio del contenido específico de un supuesto tipo de propiedad, que pudiera hacer dudosa la subsistencia de la posesión "ad usucapionem". Mas bien es el incumplimiento de un "pacto concreto" que se emite en razón de la propiedad (o posesión) de un objeto.

Por lo dicho puede concluirse que la Ley de 3 de diciembre de 1953 no ha modificado, en lo relativo a la producción del objeto, el concepto de posesión vigente en nuestro Derecho.

- 93) DE CASTRO, Dº Civil, I,1º, p.642 (1955).
- 94) Desconocemos en cuanto a él pronunciamientos jurisprudenciales.
- 95) En Derecho romano "la posesión de las cosas muebles se adquiría, como dice PROCULO (D.41,1,55), tan pronto pasaban a poder del adquirente, y duraba, según NERVA (D.41,2,3,13), mientras las conservaba bajo su guarda (custodia), mientras estaba en situación de poder disponer de la cosa"

JORS KUNKEL, Dº priv.rom.p.166 (Barcelona, 1937).

- 96) El poder al que se refiere el artículo 461 lo entienden nuestros autores como poder de Derecho, así SANCHEZ ROMAN, III, 461. MUCIUS distingue la expresión "permanecer en poder" de la empleada por el texto legal, "hallarse bajo el poder", ésta denota "imperio", "facultad" y se refiere a un poder jurídico, Comentarios, VIII, p.572-573. No pasa tampoco inadvertido a MANRESA el absurdo de exigir una ocupación actual y corporal del objeto que se posee, Comentarios, IV, p.53-54, llegando a afirmar que la cosa está en poder del poseedor mientras no está en poder de tercero, op.cit.p.282 a 284.

De DIEGO LORA, se hace eco de la opinión de FEDELE (Possesso ed eserc., p.18). Acepta que la expresión poder de hecho representa una noción genérica que comprende variadas situaciones en las cuales el poder de hecho se interpreta como poder prevalentemente físico o poder prevalentemente económico.

- 97) No parece que haya sido SAVIGNY el primero en entender el corpus en un sentido espiritualizado o potencial. Encontramos en nuestros clásicos también esta idea. Así A.GOMEZ, para quien la posesión no es sólo insistere, habere in manibus, in praesentia, in conspectu. Desarrolla también una idea más espiritualizada: la custodia, que viene a entender como posibilidad de aprehender al objeto poseído. Por

eso están en custodia las cosas perdidas y el animal huido y por tanto se pierde su posesión, com.L.45 Tauri nº 108, p.437-438 (Madrid, 1768). La opinión dominante entre los pandectistas, fue en este punto la de SAVIGNY. La resume WINDSCHEID, dando cuenta de las desviaciones en, Pandette I, p. 530 ss., nota 8 (Turín, 1930). El mismo WINDSCHEID entiende el corpus, como posibilidad de actuar a nuestro gusto, en orientación paralela a la de SAVIGNY.

La teoría potencial del corpus, es por lo demás dominante: FUNAIOLI, Tradizione, p.162 ss., nº 45 (1942); AUBRY et RAU, "posibilidad actual y exclusiva de actuar materialmente sobre una cosa", cita en Planiol-Boulangier, Traité, nº 2289; GENTILE, "Il corpus viene poi inteso non tanto come una relazione diretta ed immediata col bene, quanto come la possibilità di agire su questo quando lo si voglia e quindi di ripristinare ad libitum quella relazione" Possesso, nº 12, p.21 (Turín, 1965); BONFANTE, Instituciones p.359 (Madrid, 1959). RIPERT-BOU_LANGER y MAZEAUD destacan las diferencias de construcción entre el corpus, referido a los bienes inmuebles y a los muebles, lo que les lleva a destacar que en los inmuebles es posible la posesión solo animo: "Il faut que la chose reste matériellement á la disposition du possesseur" RIPERT-BOULANGER, Traité, nº 2291 a 2293; MAZEAUD, Leçons, II, p.1182, nº 1472.

Las teorías sociológicas restan importancia al poder y recalcan el valor de la abstención de terceros, v. FEDELE, Possessio ed esercizio, p. 61 a 64; FUNAIOLI, Tradizione, p.165 (1942); HERNANDEZ GIL, A., Función social, p.115 a 118; PEROZZI, Ist. I, p.826 a 836 (1947). Su desenvolvimiento ha implicado una progresiva pérdida de importancia del corpus en su vertiente interna referida al objeto. HERNANDEZ GIL nos ofrece recientemente su avanzada idea del mismo, "fluida" y "puramente indicativa" (op.cit. p.117).

97 bis) v. nº 17 y 18; cfr. GUTIERREZ, Códigos II, p.579

98) Com. ad. L. 45 Tauri nº 108, también nº 40.

99) Comentarios art. 449, VIII p.430 (1948).

100) La presencia de la cosa no es necesaria para la subsistencia del corpus possessionis, si en una relación con ella cual es el hallarse contenida (si es mueble) en un edificio que poseemos, asegura la posibilidad de actuar sobre la misma a nuestro gusto. WINDSCHEID, Pandette, I, 529-530.

La interpretación del poder a que se refiere el 461 C.c., como un poder jurídico, justifica en MUCIUS la continuación de la posesión de una sortija que se contiene en un parque de nuestra propiedad, Comentarios, VIII, p.573.

101) Así CASTAN, Dº Civil, II- 1º p. 502-503 (1964); GARCIA VALDECASAS, La posesión p.51-52 (1953).

102) V. MUCIUS, Comentarios art. 449, VIII, p.431 (1948).

103) El Tribunal Supremo, ha entendido, que en el momento del embargo, por virtud del artículo 449, C. c. se pue de presumir que los muebles pertenecen al poseedor del inmueble en que se hallan contenidos. Efectuando el em bargo le queda al verdadero titular el camino de la ter cería para reivindicar en la ejecución sus bienes. Así, nuestra jurisprudencia ha venido a montar, sobre este precepto, una presunción de titularidad que choca con la letra del artículo y con la realidad jurídica, en la que el régimen de los bienes muebles es independiente del de los inmuebles en que se contienen. Este criterio se ha mantenido en S. 22 junio 1928 y 10 junio 1941.

El Tribunal Supremo, que no puede menos que reconocer en la S. 22 junio, 1928 el régimen jurídico indepen diente de los bienes muebles, al entender que son susceptibles de transmisión separada e independiente, justifica su solución porque la posibilidad de prueba en contrario restablece el equilibrio. Pero, a nuestro en tender ello no deja de suponer molestias para el sujeto perjudicado por los efectos de esta presunción, per juicios además injustificados, ya que el 449 no llega a

montar más que una presunción del corpus possessionis.

Otra línea se sigue en S. 13 junio 1911, en cuyos motivos no se había planteado cuestión en torno a la aplicación del 449, pero el T.S. alude a ella y la emplea como argumento, a mayor abundamiento, para la desestimación del recurso de casación interpuesto por el tercerista. Coordina esta sentencia la aplicación de la presunción del art. 449, que entiende referida a la posesión, con la de 464 (dice 446), referente a la presunción del título en materia de posesión de bienes muebles. Y así el artículo 449 se restringe a una presunción de posesión, sobre la cual, a su vez opera el 464 para presumir el título.

La extensión de esta interpretación ha repercutido, por compensación, en una interpretación restringida de la palabra muebles al sentido del artículo 346, II C.c. (S. 22 junio 1928).

104) MUCIUS justifica el precepto por la accesoriedad de la cosa, mueble, lo que es, no entenderlo adecuadamente. Comentarios VIII p.431 (1948).

105) MANRESA deduce equivocadamente una posesión en concepto de dueño (Comentarios IV, p.222 (1931)). La jurisprudencia deduce la titularidad.

- 106) La doctrina entiende generalmente por cosas raíces los bienes inmuebles. Nuestras leyes usan tal terminología: N.R. Ley 3a no 4, tit.16, Lib 1o declara que por bienes raíces, además de las casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también...la doctrina en el siglo pasado empleaba esta misma terminología, v. GUTIERREZ, Códigos II, p, 11 (1881).

Dentro de los inmuebles se han distinguido, aquellos que lo son por naturaleza (tierras, edificios, plantas y árboles, mientras permanezcan unidos a la tierra; frutos pendientes), de los que se consideran inmuebles por su destino, (así GUTIERREZ, Códigos, II, p. 9, ss. (1881). Esta distinción no aparece en nuestro Código Civil (art. 334).

- 107) Confr. LACRUZ, Lecciones de Inmobiliario, p. 85 ss.(2a, ed. 1957).

- 108) Caso parecido al de la S. 8, abril, 1926, en la cual se planteó el problema de si constituía tradición de unas joyas a una criada, el alquiler conjunto con la señora, de la caja fuerte en que las mismas se encontraban, negando al T.S. la transmisión, por existir otras razones que justificaban esa tenencia (edad de la señora, confianza depositada en la criada). Demuestra que la presunción del artículo 449 no permite inferir, por referencia al continente, el concepto en que se posee el bien mueble.

- 109) En la sentencia de 8 abril 1926, el Banco dueño de la caja fuerte no hubiera podido estar implicado en los problemas que planteaba la posesión de las joyas.
- 110) Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación que no sean inmuebles (art.335). En nuestro De recho, dice GUTIERREZ, "determinadas todas las especies de bienes inmuebles lo regular ha sido definir los muebles a sensu contrario (Codigos,II, p.13, (1881). Pero aún se restringe este significado en el art. 346, II: Cuando se use tan solo la palabra muebles solo se entenderán comprendidos los objetos que tiene por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo en ca so en que del contexto de la ley o de la disposición in dividual resulte claramente lo contrario. Aceptación restringida que no cuadra con el amplio sentido que tiene la palabra muebles en el art. 449.
- 111) MUCIUS, Comentarios, art. 449, VIII, p. 434 (1948).
- 112) MANRESA, Comentarios, art. 449, IV, p. 218 (1931).
- 113) Comentarios, art. 449, IV, p.218-219, (1931).
- 114) Cfr. arts. 1747, 1º y 2197 Codex can. (notoriedad de derecho y notoriedad de hecho).

- 115) PRIETO CASTRO, Manual de Dº Procesal civil I, p.290, (Madrid, 1962).
- 116) Vid. sobre esto: WOLFF, Dº cosas, en trat. Ennecerus p. III, 1º p. 43 a 59, y allí también PEREZ y ALGUER p. 49 a 52; VALLET, Concurrencia de posesiones, en Estudios, p. 15 a 93 (1962).
- 117) El ejemplo propuesto se diferencia de la gestión de negocios sin mandato porque la custodia del objeto viene impuesta por el Derecho, siempre que se tome la cosa (art. 615)..
- 118) El título que configura la posesión del poseedor inmediato, asegura la mediación posesoria que favorece al poseedor mediato. La continuidad de ese título se presume por virtud del art. 436 C.c.
- 119) v. nº 39.
- 120) Cfr. PRIETO CASTRO, Manual Dº Procesal civil I, p. 299.
- 121) Los tres casos que a continuación vamos a separar, están presididos por la idea de que el abandono o la posesión, cuando no hay más dato que la situación de la cosa, deberá inferirse por los terceros, contrastando la situación de la cosa con un módulo objetivo: compor

tamiento normal en esa sociedad con respecto a esos objetos.

También es útil la solución de P. BRUTAU: "La cosa hallada debe reputarse perdida y no abandonada", Fundamentos, III, cosas p. 180 (1953). ALBALADEJO, llega a más, presume, en principio la pérdida, pero si ella no es presumible hace jugar a la apreciación del sujeto con buena fe, Instituciones cosas? P. 210 (1964).

- 122) vid. primera parte teorías sobre el corpus. Para JHERING la posesión se exterioriza en un tratamiento de la cosa semejante al que ésta recibiría normalmente del propietario. WINDSCHEID advierte que el modo de comportarse del que quiere apropiarse de una cosa, sin atribuirse o pretender el derecho de propiedad, no es diferente del que tiene el derecho de propiedad Pandette I, p. 541 (nota) (Torino, 1930).
- 123) Así ALBALADEJO, Instituciones Dº de cosas nº 86, p. 209 (1964). También BARBERO, Sistema, I, p. 766 (1965): no basta ver la cosa; hace falta aprehenderla
- 124) Sobre la distinción, v. BARBERO, Sistema I, p. 765 (1965) FUNAIOLI, Cosa smarritta e cosa dimenticata, Riv. dir. com. 1940, II (cita BARBERO).
- 125) Corso: possesso et quasi possesso p. 173, Milán 1946.

- 126) Ilustración I, p. 126 (1820)
- 127) Códigos II, p. 581 (1881). Este régimen se refiere sólo a la posesión. No se pierde la titularidad si la cosa fuere hallada.
- 128) El que se pierda la posesión, no contradice a que se conserve su titularidad en el sujeto a quien correspondiera. Por eso la ocupación de la cosa, puede ser antijurídica.
- 129) Se considera accidental la ignorancia, si el poseedor tiene consciencia de que la cosa está en su poder, aunque ignore su paradero, MUCIUS, Comentarios, VIII, p.573. Parece un criterio demasiado subjetivo, que no cuadra con el texto del artículo 461 del C.c.

JÖRS-KUNKEL, apoyado en el Derecho romano distingue la pérdida de la cosa, que provoca la de la posesión, del olvido del lugar en que la misma se encuentra, Derecho privado romano p.167 (Barcelona, 1936).

El poder material se pierde, cuando la inexistencia del poder de hecho deviene condición estable, por imposibilidad de restablecer el poder, WINDSCHEID, Pandette, I, p. 548 (Turín, 1930). Cfr. GOMEZ, A. Com.L.45, Tauri, nº 107-108; LLAMAS MOLINA, Com.L.45, Toro, nº 9, p.102; IGLESIAS, Inst. p.297.

- 130) Aunque el sujeto disponga de medios para rescatar la cosa, le seguirá siendo inaccesible si "decide" no utilizarlos (ej. naviera que no extrae el buque hundido).
- 131) El carácter de esta enumeración no parece taxativo.
- 132) Se debe presumir que posesión y propiedad coinciden. Por eso, así como por la posesión se presume la propiedad, también ha de presumirse poseedor a quien aparentemente es titular.
- 133) v. ALBALADEJO, Instituciones, cosas, p.69, nota 81.
- 134) En cuanto al régimen anterior al Código Civil v. ABELLA, Código Civil, p.209 nota 1 (1894). Al decir de S. ROMAN, el art. 612 "introduce una novedad comparado con el Derecho anterior, según el cual desde el momento en que los animales amansados recobran su primitiva libertad eran del primer ocupante, sin la necesidad del transcurso de este plazo de veinte días ulterior a la ocupación". Derecho civil III, p. 227 (1900).
134. bis) En este caso no hay ocupación apta para conferir el dominio, pues el ocupante sabe que el animal tiene dueño (art.610) y no puede ser objeto de caza. En cambio sí hay una "ocupación material" idónea para dar comienzo a la usucapión (art.438). Con respecto a la apariencia de

animal fiero que podría engendrar la buena fe del ocupante hay que tener en cuenta si el animal pertenece a la fauna de la región. En este caso es presumible la condición de fiero; en caso contrario la de amansado.

- 135) La interpretación que damos al 465 C.c. está apuntada en la letra de las Partidas: "aves, o bestias bravas, o pescado prendiendolo, o caçandolos, si despues se fuyeren, e salieren de su poder, pierde la tenencia dellos aquel que la avia ganado" (L.18, tit.30, Part. 3a) "Per fugan ferarum, avium, vel animalium... perdimus eorum possessionem" Glosa G. LOPEZ. v. sobre esto GUTIERREZ Códigos, II p. 548 (1881).
- 136). ALBERTARTO destaca, comentando este texto, que no basta cualquier tipo de custodia; hace falta un artefacto o medio que haga posible su señoría real (Corso: possesso p. 140). Recoge el criterio de SAVIGNY quien advertía: "Los animales salvajes no están en nuestra posesión sino cuando hace ya mucho tiempo que hay una medida especial (custodia) que nos coloca en posición de apoderarnos de ellos en todo tiempo. Así no toda custodia basta: el que guarda p.ej. animales salvajes en un parque o peces en un lago, ejecuta un acto en verdad para conservar los; pero no depende de su voluntad el apoderarse en cualquier instante de ellos; muchos obstáculos pueden oponerse, y por tanto la posesión no está conservada: no así

cuando los peces están conservados en un vaso o los animales en una jaula, porque pueden ser cogidos cuando se quiere" La posesión p. 177 (1845).

137) "...per missionem in loco, lacu, vel stagno magno, perdimus eorum (animalium) possessionem", Glosa G. LOPEZ).

138) Los animales fieros mientras están poseidos por los hombres, que vencen su tendencia a la huida, están sujetos a los medios adquisitivos normales en Derecho y también la usucapión.

139) La posesión p.114 (1845).

140) La teoría de SAVIGNY la defendió entre nosotros GUTIERREZ Códigos p. 548 (1881). Le cabe a JHERING haber sido el primero en destacar, cómo la seguridad de la posesión se basa en el elemento moral o jurídico (deber de respeto a la propiedad ajena) v. supra teorías. Cfr. WINDSCHEID, Pandette, I, p.529, (Turín, 1929).

141) FEDELE, Possessio ed esercizio p.63(1950). Para este autor la posesión es un poder de hecho entendido en un aspecto físico (se aplica a los edificios y cosas muebles) o en un aspecto económico (se aplica a los inmuebles), que provoca una reacción en el círculo de los componentes de la sociedad, de respeto y abstención. Esta reacción se apoya en la necesidad de paz, oportunidad para la convivencia

y en la tutela concedida por el ordenamiento al poseedor (op.cit. p.62). El poder posesorio consiste pues en el hecho de que los terceros se abstengan. De la relación entre el sujeto y la cosa se pasa a una relación entre el sujeto y los otros sujetos, es decir a la posesión como hecho social (p.63). En este momento social interviene la probabilidad de abstención, valorable según las circunstancias (elasticidad) y referida ala mayoría.

PEROZZI desarrolla también una teoría de la posesión como fenómeno social (Inst.I,p.826 (1947) El carácter, de hecho social en la posesión lo destaca también FUNAIOLI, Tradizione (1942), al considerar la posesión como posibilidad de goce (Duval - ,p.163) frente al resto de la comunidad (p.165).

142) Función social, p. 117.

143) Ins. I, p.836 (1947).

144) Inst. I, p.826 (1947).

145) Función social, p.117.

146) Como hace PEROZZI.

- 147) Cfr. Parte II, cap. II, nº 389 ss.
- 148) El nombre se debe a BALDO, cfr. GOMEZ, A, Com.L.45 Tauri, p.444 col.2a, nº 111. Se denomina así "quia juris civilis ministerio sine artificio nulloque actu interveniente, ve ro vel equipollenti, sed sola legis, ~~statu~~ti, vel consuetu dinis dispositione transfertur" (GOMEZ).
- 149) Así, DUALDE, La posesión civilísima, Barcelona, 1959.
- 150) D. 41, 4, 2, 18.
- 151) "Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam here ditatem impleri constitutum est" (D. 41, 3, 40); IGLESIAS, Instituciones, p. 274, nota 319.
- 152) "Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quiden iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter com prehensa ad nos non pertinet" (D. 41, 2, 23, pr.); GOMEZ, A. Com l.45 Tauri, nº 128, p.468. Madrid,1768; BINDER, Suce siones, p.20-21, Barcelona,1953; VALLET, Apuntes, p.285, (1955).

Desde este planteamiento parece más adecuada la denomi nación sucessio in usucapionem, JORS KUNKEL, Derecho privado romano, (Barcelona,1937) p. 194; también JHERING advierte:Lo que da a la posesión su importancia práctica, no es este efec to subjetivo psicológico, según el cual el poseedor se sien

te y se sabe poseedor... sino su importancia para la propiedad: La usucapión y la protección posesoria... La usucapión continúa... sin que la posesión exista", La posesión, p.121, (Madrid,1926). Pero se usa indistintamente la expresión successio possessionis: IGLESIAS Inst. p.274; ZANZUCCHI, La Successio e l'accessio possessionis nell'usucapione. Archiv. Giuridico Filip. SERAFINI (1904), p. 177 ss. 353 ss; Sulla storia dell'accessio possessionis nell'usucapione, Arch. Giur. F. SERAFINI (1906) p. 3 ss. (cit.IGLESIAS op. y lo.cit); D'ORS, Elementos § 102; BONET-RAMON, Compendio de Dº civil, p. 53 (1965). "La successio possessionis se remonta al primitivo Derecho romano, por estar enraizada en la misma naturaleza jurídica de la sucesión mortis causa, y, en cambio, la accessio possessionis, al menos con carácter general, corresponde al período postelásico" HERNANDEZ TEJERO, Derecho romano, p.276 (1959); RODRIGUES, Manuel, A posse, Estudo de Direito civil Português, p.283 ss. "La sucesión del heredero en la posesión ipso iure y sin necesidad de aprehensión material, es un efecto de la posesión ya conocido en el Derecho romano clásico, en la primitiva sucesión de los sui, y la posesión inmaterial se aplica en numerosas instituciones de la hereditas romana. En el ámbito de la bonorum possessio pretorio, y en su definitiva configuración de la herencia justiniana se aplican a los interdictos quorum bonorum y quod legatorum reglas sobre la concepción de la possessio iuris y sobre la transmisión ipso iure de la posesión al heredero" GARCIA GARRIDO De la "bonorum possessio" a la posesión civilísima, R.D.N. LV, enero-

marzo, 1967, p. 151-152.

LEVY ha señalado las semejanzas entre la posesión romana del Bajo imperio y la GEWERE, West Roman Vulgar Law, p. 96-99 (1951).

- 153- Las leyes bárbaras empleaban el verbo sacire relacionado con el alemán setzen y que vuelve a encontrarse en la palabra saisine, OULIAC-MALAFOSSE, Histoire, biens, p.222, (París, 1961).

Sobre el origen de la saisine puede verse la bibliografía citada por ROCA SASTRE, Adquisición hereditaria de la posesión, RGLJ, 1953 (centenario), p.362, nota 75.

"Sin duda por influjo germánico, algunos estatutos y costumbres franceses e italianos impusieron la transmisión posesoria ipso iure del causante al heredero", VALLET, Apuntes de sucesorio, p. 286, (Madrid, 1955); v. GOMEZ, Com.L.45 Tauri, nº 111, p. 442, col.1ª.

"Por la saisine el heredero queda investido de iure y desde la muerte del causante de la cualidad jurídica de poseedor de los bienes que éste poseía, sin necesidad de tomar posesión material de los bienes" ROCA SASTRE, Adquisición hereditaria de la posesión, p.363.

- 154- "El primitivo requisito del señorío corporal sobre la cosa fué pronto suprimido en relación con la GEWERE sobre las fincas... Así surgió la GEWERE ideal (saisine de droit, en opo-

sición a saisine de fait). En la GEWERE mediata se aprecia todavía la dominación sobre la cosa, mediante aprovechamiento de la finca, en las prestaciones del poseedor inmediato. No así en la GEWERE ideal... Mediante herencia obtiene el heredero la GEWERE, incluso en el supuesto de que un no titular se apodere del bien relicto..." PLANITZ, Do Priv. Germánico, p.156, (Barcelona, 1957).

-155- Ley 7, tit. 5, Part. 5ª.

-156- "Mandamos que las cosas que son de mayorazgo agora sean villas, o fortalezas o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de la posesión, se transpase la posesión civil e natural en el siguiente en grado, que según la disposición del mayorazgo debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le haya dado la posesión dellas". L.45 de Toro.

Este texto fué motivo del comentario de nuestros clásicos. La primera cuestión que se les plantea es si se puede adquirir la posesión sin necesidad de aprehensión. COVARRUBIAS la resuelve distinguiendo entre las cosas que no son de nadie y las que ya están en posesión. En aquellas es necesario el acto de aprehensión, porque sobre ellas no se ha producido aún la distinción de dominios; en éstas no es necesario tal acto porque ya se encuentran dentro de un patrimonio

Cfr. LLAMAS MOLINA, Com. L.45 Toro, II, p.111, nº 59. También GOMEZ..." ...teneo pro vera & resolutive sententia, quod lex vel statutum potest simpliciter & absolute ipso iure transferre possessionem in aliquem nullo interveniente actu vero vel ficto apprehensivo possessionis" Com.L.45 Tauri, nº 111, p. 442, col.2a; Cfr. también, VALLET, Apuntes, p.287, nota 530 (1955).

Para la mayoría de nuestros autores clásicos la posesión civilísima tiene naturaleza de "vera possessio", en contra de la opinión de BALDO que la calificó de "ficta possessio" o "possessio artificialis", vid. VALLET, Apuntes, p.287, (Madrid,1955).

- 157- VALLET, Apuntes, p.287 nota 520; ESPIN CANOVAS, D., Adquisición posesión inmaterial, p.80. En lo referente a la tenuta de la viuda en el Derecho catalán, el Derecho histórico ha sido recogido en la Compilación de Cataluña de 21, julio, 1960 (arts. 38,39).

"La posesión, en el caso de tenuta, se adquirirá automáticamente por ministerio de la ley; pero cesará de derecho en cuanto los herederos del marido pongan íntegramente la dote a disposición de la mujer y le paguen el esponsalicio o escreix" (art.39, I Comp. de Cataluña).

- 158- GARCIA GOYENA destacaba la pugna de esta norma con el Derecho romano y el patrio, Concordancias, II art. 554; y el mismo Tribunal Supremo ha resaltado el ascendiente francés

de nuestra posesión civilísima: "...en el Derecho patrio, el artículo 440 del Código Civil... no se inspira en el derecho romano, sino en el artículo 724 del Código Civil francés y responde a la idea germánica de la posesión" (S. T.S., 3 junio, 1947). Cfr. también sobre esta materia: S. 25 enero 1936, 13 marzo 1952, 25 enero 1936, 12 abril 1951, 12 diciembre 1966, 9 junio 1964, 17 abril 1958, 12 abril 1951.

"Les héretiers légitimes, les héretiers naturels et la conjoint survivant sont saisis de plain droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession" (art.724 C.c. francés. Cfr. también parágrafo 857 B.G.B.).

El contenido del artículo 554 del P. 1851 no ha sido recogido íntegramente, según afirma ROCA SASTRE, en el 661 del Código Civil, lo que permite a este autor afirmar que la omisión de una alusión a la posesión en el texto del Código significa que el legislador en nuestro Código Civil no ha querido adoptar el sistema germánico de la saisine, seguido por el dicho artículo 554 del proyecto de 1851, y ha preferido continuar en este punto el sistema romano, que es el tradicional en España, Adquisición hereditaria, p.344-345.

-159- Cfr. BONET RAMON, Código Civil, 2ª ed. p.391; CASTAN, Dº civil, II-1º, p.490 (Madrid, 1964); DIEZ PICAZO, Lecciones: cosas, p.115, nº 105; DUALDE, Posesión civilísima, p.116 (Bar

celona, 1959); ESPIN, Adquisición pos. incorporal, p. 61 ss.; GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.41 (Granada,1953); LACRUZ, Sucesiones, P. Gral. p. 137 ss. PEREZ GONZALEZ-ALGUER, Trat. Enneccerus, III-1º, p.67-68; PUIG BRUTAU, Fundamentos, III, p.61 (1953) y V-1º p.336 (1961); VALLET, Apuntes, p.285 s. (1955); GARCIA GARRIDO, De la "bonorum possessio" a la posesión civilísima, R.D.N-LV, enero-marzo, 1967, p.115 a 152.

- 160- La posesión civilísima tiene por consiguiente una doble eficacia: respecto a la posesión disfrutada por el causante, cuyos efectos transmite al heredero sin necesidad de contacto corporal con la cosa, y respecto a la posesión de los bienes hereditarios, que reconoce en el heredero durante el tiempo en que este sujeto no posee materialmente.

Dentro de la usucapión conviene distinguirla, sin contraponerla, de la unión de tiempos (art.1960,1º) porque en este caso hay una sucesión en la posesión corporal, v.LACRUZ, Sucesiones, P. Gral. nº 134, p.159.

ESPIN en su trabajo sobre la sucesión de posesión ha contrapuesto el régimen del artículo 440 al del 1960, 1º caracterizándolos, respectivamente, a través de estas notas. El régimen de la sucessio possessionis (art. 440): 1º contempla una sola posesión; 2º es necesario (carga); 3º sólo es aplicable al sucesor universal; 4º se produce en el carácter de la posesión; 5º significa una doble derogación del principio de continuidad de la posesión del causante ("bona fides superveniens prodest"; "mala fides supervene-

niens nocet"); 6º continúa la posesión durante la yacencia de la herencia. El régimen de la accessio possessionis (art. 1960, 1º): 1º contempla dos posesiones; 2º no es necesario (facultad); 3º sólo aplicable al sucesor particular; 4º independencia en las características de ambas posesiones; 5º es preciso que ambas reúnan los requisitos necesarios para la usucapión; 6º debe mediar un vínculo jurídico entre el causante y el sucesor. (R.D.P. 1934, p. 593 ss).

- 161- DUALDE conceptúa a la posesión civilísima caracterizada "por ser una posesión en la que no es necesario que se de la aprehensión corporal ni la intención constitutiva del animus", Posesión civilísima, p.14; este punto de vista es incompleto porque no contempla el efecto que persigue esa espiritualización. Con fórmula más adecuada la define DIEZ PICAZO, al entenderla como "aquella especie de posesión en la cual una persona se beneficia de los mismos efectos y de la misma protección acordada por el ordenamiento jurídico a un poseedor civil, pero sin necesidad de tener el corpus possessionis", Lecciones: cosas, p. 115. DUALDE, al identificar la posesión civilísima con la incorporeal, sin tener en cuenta otros elementos, ha llegado a una excesiva extensión de esta noción, en su obra citada, encuadrando en ella, las situaciones posesorias del Constituto (p.25); posesión del saltus romano (D.41,2,11,3) (p.33); posesión que se continúa sin uso de la cosa (p. 35-36); posesión a que dan lugar los artículos 1638 y 2058 Lec. (p.39); tradición instru

mental (p.42); prórroga de arrendamientos (p.55); contra
to inmoral (p.58); retractos legales (p.61); inmisiones
(p.73); postumidad (p.78); condición suspensiva (p.84)...

En la dirección correcta se halla también LACRUZ quien siguiendo a BINDER atribuye a la posesión civilísima el ca
rácter de posición jurídica que la ley vincula regularmen
te al señorío de hecho, Sucesiones: P.Gral., 139; también
LLAMAS MOLINA: "Cuando se dice que por ministerio de la
ley se transfiere la posesión o se priva de ella al que la
tenía, no debe entenderse esto materialmente porque la ley
no puede hacer que el que no tiene una cosa la tenga, o el
que la tiene deje de tener, sino que debe entenderse legal
y jurídicamente de los efectos que según derecho causa la
posesión y así lo que la ley dispone es que la posesión que
se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénti
cos efectos que si se hubiera transferido por medio de un
acto corporal de aprehensión" Com.L.45 Toro, nº 67,II,p.112
(Madrid, 1853).

- 162) GARCIA VALDECASAS, en contra de la opinión más generaliza-
da, sitúa en el instante de la muerte del causante, el mo-
mento de adquisición de la posesión por el heredero, porque
en otro caso, según este autor, no tendría sentido el 440,II,
La adquisición de la herencia en el Derecho español, R.D.P.
1944, p.108.

- 163) Cfr. LACRUZ, Sucesiones: P. Gral, nº 133, p. 138 ss.

164) LACRUZ, Op.cit., p. 142.

165) "Frente a la situación del heredero, el legatario no adquiere ipso iure la posesión del objeto legado, ni siquiera puede tomarla por si mismo. Ni aún en los casos en que la propiedad del objeto legado se le transmite directamente en el momento del fallecimiento del causante" (art.885 C.c.) ; "no obstante, lo mismo que en el Derecho histórico, debe admitirse, en nuestro régimen vigente, que el testador pueda autorizar al legatario que tome por si la posesión de la cosa legado" (S. 26, octubre, 1928). "El artículo 440 consagra una successio in possessionem, en sustitución de la clásica successio in usucapionem. El testador no puede impedirla, porque se determina por la ley como consecuencia del fenómeno sucesorio. Pero ningún inconveniente existe en que pueda desviar esa sucesión, señalando un destinatario distinto de los herederos; que podrá ser un albacea, el comisario, los contadores partidores o algún legatario, VALLET, Apuntes, p.293-294.

Sobre la posición de los legatarios en Derecho portugués, RODRIGUES, A posse, p. 280-282 (1940): Su posición en relación con la posesión se aproxima a la de los herederos.

166) Cfr. LACRUZ, Sucesiones: P. Gral. nº 135 y 137.

- 167) LACRUZ, Op. cit. n.º 137.
- 168) LACRUZ, Op. cit. n.º 134.
- 169) Cfr. ESPIN, Sucesión en la posesión, p. 593, ss.
- 170) Las leyes de Toro iban más allá que el Código Civil, trans
mitiendo al heredero la posesión, aunque el causante no po
seyese. V. VALLET, Apuntes, p. 289, nota 533.
- 171) n.º 330 ss.
- 172) Cfr. ROCA-SASTRE, D.º Hipotecario, I p. 643 ss. (52 ed.);
LACRUZ , Lecciones Derecho Inmobiliario, p. 225 (1957).

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

DE LA PRIMERA PARTE - SECCION PRIMERA

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- 1) Así lo destacan las S. 25, junio, 1966; 7, febrero, 1965; 23, junio, 1965; 10, noviembre, 1954; 3, marzo, 1951; 2, febrero, 1928; 19, noviembre, 1910; 3, octubre, 1962; 29, enero, 1953; 12, diciembre, 1966; 4, julio, 1963; 17, enero, 1963; 6, marzo, 1958; 31, marzo, 1911; 17, febrero, 1894; 30, octubre, 1915; 20, febrero, 1936; 7, noviembre, 1895; 15, enero 1915; 8, abril, 1910. La misma doctrina se reitera en otras sentencias que no admiten la usucapión extraordinaria, por falta de posesión en concepto de dueño: 13, marzo 1952; 6, marzo, 1958. También en la de 21, abril, 1965 se requiere, para la prescripción extraordinaria que haya posesión civil, consistente en la tenencia con intención de haber la cosa o de recho como suyo (concepto de dueño). Algunas dudas ofrece la sentencia de 22, octubre, 1919.
- 2) Sobre este punto trataremos más adelante, en este capítulo.

La referencia de toda posesión al título por virtud del cual se ha adquirido, no confunde los requisitos de la usucapión ordinaria, y en concreto el de justo título (art.1940), con los de la extraordinaria. Las irregularidades del título, como veremos más adelante, se toman en consideración, aún en la prescripción extraordinaria, pa-

ra impedir que el mismo transmita: la posesión del causante y que configure el concepto en que se posee (comp. art.1960,1º); pero no puede negarse la existencia de la posesión y usucapión extraordinaria, si por otro camino, concretamente por el de la interversión, se ha llegado a ser poseedor en concepto de dueño.

La subordinación de la posesión al título, tal como se intenta exponer, pueda resultar quizá chocante a primera vista, pero bien entendida responde a la necesidad de dar unos cauces jurídicos a todo el sistema posesorio: Cuando un título no sea adecuado para transmitir el derecho deseado, por vicios internos, servirá, desde luego, para justificar la transmisión de la posesión material del transmitente, pero no podrá cualificar jurídicamente a la posesión adquirida, convirtiéndola en posesión en concepto de dueño, Y si en este caso no hay más posibilidad que reconocer que la posesión ad usucapionem se inicia gracias a la voluntad del accipiens, no se debe hacer operar a esta voluntad mientras que no se contradiga al título (interversión).

3) Comentarios, IV, art.432, p.79 (1931).

4) Véase nº 92.

5) Dice ALONSO MARTINEZ a este propósito:

"Quisiera que la disposición que contiene este artículo

(430 actual) se fijase en ella (se refería a la mera tenencia) dejando para otro artículo la distinción de poseer por si o a nombre de otro (actual 431) así como viene más adelante la de tener o no tener título que justifique la posesión"(actual art.432). (Actas inéditas de la C. de Codificación, M. Justicia).

- 6) En esta sesión CARDENAS fué presidente por no haber asistido ALONSO MARTINEZ. Se discutía el último inciso de la redacción del actual 432 ("reconociendo el dominio en otra persona"), y el propio CARDENAS presentó un caso: el poseedor que no ejerce su posesión en concepto de dueño, "porque no lo sea", ni reconoce el dominio en otra persona (Actas de la S. 17, enero, 1882; Ministerio de Justicia).
- 7) CASTAN, Do Civil, II, 12, p.470 (1964).
- 8) Aunque la cuestión sea de un marcado carácter terminológico, porque los autores que circunscriben el "concepto de dueño" a la posesión de la cosa como propietario no dejan de admitir que pueden usucapirse otros derechos poseyéndolos en concepto de tenedor (ej. GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.23; MARTIN PEREZ, La posesión, p.67), sin embargo ha de reconocerse lo importante que resulta en Derecho precisar el alcance de los términos que se utilizan.

Preferimos entender que "concepto de dueño" es equi-

valente a concepto de titular.

- 9) En esta dirección pueden encuadrarse: DE BUEN, Dº Civil común, 3ª ed. I p.230; GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.23; MARTIN PEREZ, La posesión p. 67, (1958); MUCIUS Comentarios, VIII, p.222 (1948).
- 10) Así ALBALADEJO, Instituciones: cosas p.48-49 (1964); ESPIN Manual de Dº Civil, II, p.30 (1959). CASTAN, Dº Civil, II-1º, p.474 (1964), matizando (vid. nota pie de página).
- 11) Cfr. ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p. 48 (1964); GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.24.
- 12) Dº Civil, II, 1º p. 474 (1964).
- 13) CASTAN, Dº Civil, II-1º p.473-474 (1964); ESPIN, Manual de Dº Civil, II, p.31 (1959); GARCIA VALDECASAS, La posesión, p.22 (1953); ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p.49 (1964), destacando la necesidad de exteriorizar la voluntad para intervertir el concepto posesorio.
- 14) MANRESA, Comentarios IV, p.82-83 (1931); SANTAMARIA, Comentarios, art.432, p.466 (1958).
- 15) Comentarios, VIII, p. 216 ss (1948).

- 16) En contra de esta dirección ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p.49; v. JORDANO BAREA, quien opina que la apariencia jurídica surge con la posesión animus domini exteriorizada, sin que importe, ni deshaga tal apariencia, la ausencia de buena fe, Teoría del heredero aparente, ADC, 1950 p.672. Además los citados en la nota 13.
- 17) También en este sentido CASTAN: "Como el artículo 446... concede protección a todo poseedor, y el artículo 1651 de la Ley procesal habla de la posesión o la tenencia, hay que entender que son aplicables los interdictos tanto a una como a otra y que puede utilizarlos....todo aquel que empleando la técnica del Código Civil, tenga una posesión, sea ésta natural o civil, en concepto de dueño o en concepto distinto.

El Tribunal Supremo, comprendiéndolo así, ha reconocido personalidad para entablar los interdictos al arrendatario (sentencias de 25 de julio de 1880 y 21 noviembre de 1904) y al mero detentador (sentencia de 3 de abril de 1884); declarando, en términos generales, que tiene el carácter de poseedor, y ,por consiguiente el derecho a ser amparado en su posesión, el tenedor de la cosa para su disfrute, aunque el dominio pertenezca a otro (sentencia de 21 de noviembre de 1904).

Pero no es poseedor y, por tanto, no está legitimado para la acción interdictal el mero servidor de la posesión, que, como el administrador de una finca, ejerce la posesión

de otro" Derecho civil, II-1a, p.497-498 (Madrid,1964).

"Por lo demás, señala GARCIA VALDECASAS, G., tanto la posesión en concepto de dueño -o de titular del derecho-, como la posesión en otro concepto distinto, disfrutan de protección jurídica", La posesión, p.23 (Granada, 1953).

- 18) El carácter disyuntivo se ha destacado también por MARTIN PEREZ, La posesión, p. 60, (1958), invocando la opinión, siempre autorizada, de HERNANDEZ GIL.
- 19) En esta dirección: PEREZ Y ALGUER, Anotaciones Enneccerus, Dº de cosas, III-1a, p. 49-52; CASTAN, Dº Civil, II, 1a, p.475-476 (1964); PUIG BRUTAU, Fundamentos, III, p. 50 a 55; ESPIN, Manual Dº Civil, II, p.32 (1959). VALDECASAS, G., apoya, en cambio, la distinción en el art.431 Posesión p.25 a 28; MARTIN PEREZ, conjuntamente en los art. 431 y 432, ya que, "ni uno ni otro artículo configuran la concurrencia", La posesión, p.60-61 (1958). Una interesante crítica de la misma puede verse en VALLET, Concurrencia de posesiones: Estudios, p.25 a 40 (1962).
- 20) MANRESA que enfocaba de otra forma la cuestión, destacó cómo la fórmula ofrece alguna dificultad: No se comprende en ella el derecho del tenedor que posee sin reconocer el dominio en otro. Notemos cómo para MANRESA dejar de reconocer el dominio en otro, no significa dejar de

poseer como tenedor.

Luego citó el caso de colonos de fincas, que habiéndolas conservado como colonos de las misma en épocas remotas, con el transcurso de un tiempo inmemorial, se consideran hoy poseedores de ellas por derecho propio. Con este ejemplo demostraba que la consideración, que de su propia posesión, tengan los colonos, no debe ser suficiente para intervertir el título de meros colonos (tenedores) en que recibieron las fincas. Indica así que el concepto de dueño no se fundamenta, única y exclusivamente, en la voluntad unilateral del poseedor.

CARDENAS, cita el caso del que no ejerza en posesión como dueño, "porque no lo sea", ni reconozca el dominio en otra persona. Para éste la posesión en "concepto de dueño" va unida a la titularidad del derecho. Su pensamiento, por tanto, discurre por otra dirección de la que hoy corresponde a la recta interpretación del art.432, pero se separa del subjetivismo, al que insoslayablemente abocaba, el texto de SILVELA, (vid. Actas inéditas Ses. 17 enero 1882, Ministerio de Justicia).

21) v. nº 118 ss.

22) En lo de la equivocación es demasiado exigente esta sentencia: Puede haber interversión sin existir equiescencia.

- 23) vid. nº 90, nota 9.

- 24) v. nº 90, nota 11.

- 25) v. IGLESIAS, en torno a esta materia, Dº romano, p.301-302 (1962).

- 26) Paralelamente, el Profesor De CASTRO, en las expresiones "dominus usufructus, servitutis, actionum", a propósito de los llamados derechos sobre derechos, advierte, cómo "la palabra dominus no tiene el sentido de derecho real de propiedad, sino de un título de titularidad (directa en nombre propio)" Compendio de Dº Civil, p.147 (1964).

- 27) Y de la misma letra del artículo 432 se puede inferir que posesión en concepto de dueño no es posesión en concepto de propietario, sino de titular, ya que la posesión puede tenerse en los bienes y derechos. Si el "concepto de dueño", puede referirse, siguiendo al Código (art.432) a la posesión de derechos sin base objetiva corporal, con mayor razón será aplicable esta expresión a los derechos que recaigan sobre un objeto corporal.

- 28) Ej. sentencia 22, febrero, 1936. (posesión de subforo a título de dueño).

- 29) ALBERTARIO, Corso possesso, p.55.

- 30) ALBERTARIO, op.cit p. 54 (in fine) y p.55; también IGLESIAS, Dº Romano, p. 290-291 (1962).
- 31) ALBERTARIO, op.cit, p. 55; también JORS-KUNKEL, Dº Priv. Romano, p. 159, nota 4, (1937).
- 32) ALBERTARIO, op.cit, p. 73 (in fine), 74; también IGLESIAS, Dº Romano, p.290-291 (1962)
- 33) BUSSI, Formazione dei dogmi, p. 23 nota 1, (1937).
- 34) BUSSI, op.cit, p. 22-23
- 35) BUSSI, op.cit, p.92
- 36) Comentario a L.45 de Toro, II, nº 39 a 42, p. 107-108. .
En otro lugar, advierte que la posesión justa es con buena fe, y la injusta con mala fe (nº 47 p.109).
- CUJACIO y DONELO, entienden también según LLAMAS-MOLINA op.cit nº 43 a 45, p. 108, que la posesión civiles justa y fundada en derecho: Por eso, la mujer posee naturalmente lo que recibe, por donación, de su marido, también cita en GUTIERREZ, Códigos II p. 552 (1881).
- 37) Com.ad. L.45 Tauri nº 105, p. 433.

- 38). Según SAVIGNY, "la primitiva significación de la palabra possessio es el estado de simple detentación, y por consiguiente un estado no jurídico, natural; mientras que no haya idea, que puesta en oposición con aquélla, necesite una denominación más explícita, no hay necesidad de explicar que el término sólo indica una realidad natural. Pero esta detentación toma, bajo ciertas condiciones, el carácter de una relación jurídica, y conduce a la propiedad por la usucapión: entonces recibe el nombre de civilis possessio..." Tratado posesión p. 33.

La influencia de SAVIGNY debió ser grande en nuestra doctrina, antes del Código Civil; v. GUTIERREZ, Códigos, II, p. 553 (1881); también, CASTAN, Dº Civil, II-1º, p.472 (1964).

WINDSCHEID llama posesión jurídica, a la que se tiene con voluntad de apropiación, por oposición a la detentación, o posesión natural, Pandette, p. 513, T.I. (Turín, 1930).

- 39) La distinción posesión natural-posesión civil aparece en POTHIER muy ligada, en su significación, a la usucapión. Para este autor existen diferentes especies de posesión natural: o por ausencia de título, o por mala fe, o por nulidad en el título (ej. donación entre cónyuges), o por insuficiencia en el título para transmitir el dominio. La posesión civil exige justo título, (es decir suficiente para transferir el dominio) y buena fe del poseedor, por-

que el título le haya dado un justo motivo para creerse propietario de la cosa, Oeuvres, Buguet, t.IX, p.259 ss.

40) L. 2, tit. 30, P.3).

41) También, BARRERA y MONTENEGRO, Nociones de Derecho Civil, p.248 (1881).

42) Elementos, I, p.609, (1886). La separación de la posesión continuada, la buena fe y el justo título, como requisitos de la usucapión, está también en FEBRERO-GARCIA GOYENA - AGUIRRE, aunque no indiquen que la posesión continuada deba ser en concepto de dueño o posesión civil (nº 784, p.198)- En otro lugar de esta obra al tratar de la posesión, (secc.XI) entoncan estos autores su noción con la buena fe y el título: "la verdadera posesión, la llamada civil, la que forma el objeto de este tratado, consiste en la ocupación o tenencia derecha que el hombre ha en las cosas, en la creencia de que es señor de ellas: dicha ley 2. Esta se conserva aún cuando no se ocupe materialmente la cosa en que se tiene, no dejándola con ánimo de abandonarla, sino porque no es posible estar siempre en ella" (op.cit, I, nº 796, p.201). Aquí se palpa el influjo de las PARTIDAS, parcial y limitado si se quiere, pero no por ello exento de interés.

"En concepto de propietario", cualidad exigida a la posesión ad usucapionem en el P. 1851, se interpreta por

G. GOYENA, en atención al título hábil para transferir la propiedad y a la buena fe, Concordancias, IV, art. 1947, P. 308 (1852).

FALCON, considera también como civil, a la posesión ad usucapionem y atribuye a ésta los caracteres de continua, pública y pacífica: Dº Civil, III, nº 7, p.38. - (1882).

Ni el mismo GOMEZ DE LA SERNA aclara suficientemente cómo juega la, por él denominada posesión en "concepto de dueño", en la usucapión extraordinaria; tal vez porque la idea de usucapión extraordinaria, no era en aquella época, lo que hoy es para nosotros, una categoría unitaria perfectamente delimitada, sino tiempos extraordinarios de prescripción, estudiados con cierto casuismo (Op. cit. I, p.615 ss, nº 177 a 179).

- 43) GUTIERREZ entendió la posesión natural como tenencia material de la cosa y la civil como aquella "que apoyándose en un título justo, mediante haber sido adquirida por otorgamiento de derecho es inadmisibile (debe decir inamisible) aunque corporalmente se deje de poseer" Códigos, II, p.551, (1881).

BARRERA Y MONTENEGRO sigue la L.2, t.30, P.3a, No-ciones de Dº Civil, p.248 (1881).

S. ROMAN, después del Código, pero con referencia al Derecho anterior al mismo, manifiesta que la posesión para la usucapión ha de ser civil, dando a entender que en ella se requiere la presencia de la buena fe y el justo título, Dº Civil, III, p.260, (1900). Este no es el único significado que a la misma atribuye.

44) Elementos, I, p. 687, nº 334 (1886).

45) En la Ponencia de SILVELA para la elaboración del Proyecto de 1882, presentada en el seno de la Comisión de codificación, aparecía el artículo redactado en otros términos: "La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño o por otro en nuestro nombre".

Un vocal pidió la supresión de "en concepto de dueño" para que la norma pudiera comprender a todas las clases de posesión, y sus razones fueron aceptadas. Al separar el art. 430 del Código, la noción de posesión natural y posesión civil, no se justifica silenciar la referencia al concepto de dueño, dentro de la posesión civil. Quizás, porque esta referencia estaba en el ánimo de todos, fué preferible silenciarla y en cambio aclarar la forma en que debe entenderse el concepto de dueño: Como la intención de haber la cosa o derecho como suyos.

La intervención de ALONSO MARTINEZ logró también que se suprimiera, "o por en nuestro nombre", "dejando para el artículo siguiente la distinción entre poseer por sí o a nombre de otro" (tomado de las Actas inéditas, ses. 13, enero, 1882, Ministerio de Justicia).

- 46) Lo destaca CASTAN, criticando de distinción del art. 430. "No valía la pena, dice, de establecer una clasificación tan diversamente interpretada para no sacar de ella ninguna consecuencia de orden práctico. El Código en efecto, prescinde en el desenvolvimiento de la materia, de la distinción inicial entre posesión natural y posesión civil, y regula los efectos de la posesión sobre la base de un tecnicismo distinto... Dº Civil, II, 1º, p. 472-473; vid. también ESPIN, Posesión inmaterial, p. 19, (1965); MARTIN PEREZ, Posesión p. 55-56; DIEZ PICAZO, in vocando a HERNANDEZ GIL, en La prescripción p. 106.

Aunque la clasificación posesión natural-posesión civil, haya sido interpretada muy diversamente, como afirma CASTAN, sin embargo se constata, cómo la posesión civil se ha entendido por los autores, muy frecuentemente, como posesión ad usucapionem.

- 47) En este sentido CASTAN Dº Civil, II-1º, p. 474 (1964); G. VALDECASAS, Posesión, p. 22 ss. (1953); ESPIN, Manual Dº Civil. p. 31-32, (1959).

- 48) Así MUCIUS confunde la posesión civil con la posesión de buena fe, Comentarios, VIII, p. 182 ss. (1948); la Posesión civil, afirma, no consiste en la intención de tratar o de haber la cosa como propia, sino en la convictio domini (op.cit. p.186).

En el mismo sentido SANCHEZ ROMAN, quien critica en el artículo 430, la sustitución de la creencia dominical por la intención, así como la falta de mención de los elementos jurídicos, limitando la referencia a los materiales y psicológicos (tenencia e intención), Dº Civil, III, p. 433 (1900).

No tienen razón estos ilustres tratadistas, porque admitida por el Código la prescripción extraordinaria, se configuran como requisitos independientes del concepto de dueño, la buena fe y el justo título (arts.1940).

La mayoría de nuestros autores distinguen el animus y la buena fe: ABELLA, Código Civil p.163, nota 4; CASTAN, Dº Civil, II-1º p. 471-472 (1964); GARCIA VALDECASAS, Posesión, p.22 ss; MARTIN PEREZ, Posesión p. 54; ESPIN, Posesión inmaterial, p. 20.

MANRESA interpreta el término intención con elasticidad. Puede abarcar la posesión del propietario, del poseedor de buena fe, y la del mismo ladrón. Critica a los que identifican posesión civil y posesión de buena fe, porque la buena fe es requisito independiente de la posesión, Comentarios IV. p. 66 ss.

- 49) "Solamente la posesión civil afirma el T.S. en s.8, abril, 1926 reúne los caracteres indispensables para dar nacimiento al derecho de posesión, porque la que no está acompañada de la creencia de poseer la cosa como suya quien la obtuviera, no está asistida de las acciones que amparan el derecho, ni aunque llegasen a concurrir los plazos y demás circunstancias legales puede convertirse en verdadero derecho de propiedad" (afirmación que no se aplica como doctrina: demasiado general).

El caso se circunscribía al valor traditorio que tiene el arrendamiento conjunto, por dos personas, de una caja fuerte, respecto a las joyas allí depositadas, que eran propias de una de las arrendatarias. La base de la negativa de la tradición, se apoya en que la propietaria no tuvo ánimo de transmitir a la otra arrendataria de la caja fuerte (su criada), las joyas y documentos en ella depositadas.

- 50) El art. 2228 C.c. francés, influye en el 425, del P. 1851; el art. 2231 C.c. francés, en el 427 del P. 1851; el art. 2229 C.c. francés en el 1947 del P. 1851.
- 51) Comentarios T. VIII, p.257 (1948).
- 52) "Con el transcurso del tiempo, si no aparece alguno que acredite mejor derecho, será un título verdadero de propiedad, porque la posesión continuada, el concepto público

co de dueño y el lapso de una serie de años, concluyen por introducir la presunción iuris et de iure, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta aún sin título ni buena fe a las prescripciones extraordinarias" (cit.MUCIUS, Comentarios, VIII, p.189 - 1948).

- 53) Concordancias, IV, p.308 (1852). Empleaba también la expresión concepto de dueño en el siglo pasado: SANCHEZ DE MOLINA, Dº Civil, p. 97, art.368 (1871); LA SERNA-MONTALBAN, Elementos I, p. 609, (1886). No se encuentra este término en ESCRICHE voz posesión p. 1360-1361, voz prescripción p.1368 a 1370 (París,1851).
- 54) Según HERNANDEZ GIL "la tenencia equivalente a la posesión natural no puede quedar reducida al puro corpus", Función social p. 79. "Una posesión sin voluntad no es posesión" De DIEGO LORA, La posesión, I, p.40.
- 55) Es bastante satisfactoria la terminología de PETIT: "affectio tenendi" (D. 41,2,1,3), que expresa la conciencia de tener materialmente la cosa y la voluntad de retenerla; y "animus domini" que denota la voluntad del poseedor de conducirse como amo, respecto a la cosa, Derecho romano, p.195, (Madrid,1940), Cfr. ABELLA, Código Civil, art.432; RIPERT-BOULANGER, Traité, nº 2286; La SERNA-MONTALBAN, Elementos, I, p.667, (Madrid,1877); WINDSCHEID,

Pandette, I, p.535 ss. (Turín,1930).

- 56) Biondo BIONDI, Istituzioni parraf. 81, pág.240 (1946).
También de los MOZOS: "En suma, el animus se requiere en concreto, aunque de él se hable en abstracto, para las distintas causae possessionem, desde las cuales viene objetivado, alcanzando según ellas una significación diferente que, en definitiva, se manifiesta en atención a esa diversidad, la que nos lleva a situarla en el concepto posesorio (razón por la que se posee) descendiendo así, de un plano general y abstracto, a un plano particular y concreto" Animus posesorio, (separata), p.13, ss.
- 57) Según informa BONFANTE la iusta causa en la usucapión es: "La relación con el antiguo poseedor, apta para significar la ausencia de lesión a otro sujeto en la toma de posesión", Singulae causa, p.552. También VOCI Istituzioni, p.230 ss. (1954); IGLESIAS, J. define como "la condición objetiva que hubiera sido suficiente por sí misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad, pero que, por haber mediado un vicio de fondo-adquisición a non domino de forma falta de mancipatio o in iure cessio legitima tan sólo el comienzo de la posesión", DQ romano, p. 270 (1692).

- 58) Tradicionalmente se ha entendido, y nuestro Código (art. 609, 1930, 1940), sigue este criterio, que sólo los derechos reales son susceptibles de adquirir por usucapión. Aún dentro de éstos, se hacen mayores precisiones, distinguiéndose los de goce, ciertamente usucapibles y los de garantía, a los que algunos autores niegan esta cualidad, por no ser tampoco poseibles. (GENTILE, Possesso nº 257, p.286 ss. (1965). Entre nosotros ALBALADEJO nos reitera, en términos generales, que los únicos derechos usucapibles son los reales poseibles, Instituciones, cosas nº 39, (1964), pero incluye entre éstos al de prenda, en Posibilidad del derecho real de prenda, Estudios p.9 a 17 y Adquisición por usucapión del derecho real de prenda, Estudios p.23-50 (Barcelona, 1955). En cambio DIEZ PICAZO plantea el problema de la usucapibilidad de los derechos de crédito, pareciéndole que, en algún supuesto (ej. arrendamiento) debe ser admitida, Lecciones, cosas nº 172, p.175 (1967). La jurisprudencia, que sepamos, no ha resuelto esta cuestión. Conviene advertir que cuando alguna sentencia ha negado la usucapión al poseedor en concepto de arrendatario, se pedía la usucapión del dominio u otro derecho real (así S. 18, octubre, 1923; 7 noviembre, 1895; 15, enero, 1915).
- 59) vid. esta terminología en ALBALADEJO, Instituciones, cosas p.114, nº 43 (1964).

- 60) Aquí repercute la postura adoptada por el ordenamiento en relación con la tipicidad del derecho subjetivo. Sobre esta materia, vid. DE CASTRO, Derecho civil I-12 p. 642 ss (1955), y Compendio p. 137-138 (1964).
- 61) El que obtiene la nuda propiedad, mediante la usucapición, lo cual es posible (art.431 C.c.; GENTILE, Possesso nº 238 y 258, 1965), ha usucapido en realidad el núcleo elástico del dominio.
- 62) Istituzioni, parag.81, p.239-270 (1946); IGLESIAS: "en cualquier caso, la affectio o el animus debe reflejarse en un acto objetivo de adquisición" D. Romano, p.295 - (1962); OURLIAC-MALAFOSSE. Histoire, biens, nº 113 ss., p.206 ss. (1961).
- 63) Así lo señalan, entre otros MARTIN PEREZ: "No se reconoce un animus del sujeto en contradicción con el que la causa autoriza"; el animus se basa en la causa jurídica por la que ha surgido la relación" con la cosa, Posesión, p. 42 (1958). También de los MOZOS, Animus posesorio, p.13 (separata).

Otros autores, sin llegar a vincular el ánimo a la causa, atienden a elementos objetivos para su fijación. Así MANRESA lo vincula a la creencia general, formada en vista de las circunstancias que preceden y acompañan a cada posesión, Comentarios, art. 432, IV, p.83 (1931).MANRESA

mereció la crítica de MUCIUS: El rumor público, "puede servir para demostrar la publicidad de la posesión, pero no determina ni cualifica el concepto de dueño en que la posesión puede ejercerse", Comentarios VIII, p. 221. MUCIUS sostiene que el título pone de manifiesto el carácter de la posesión, Comentarios VIII, p.218, (1948).

Atinadamente ha dicho HERNANDEZ GIL que "la posesión en concepto de dueño que no es la del dueño, mas si la apta para la adquisición del dominio es, según el artículo 447, la que se adquiere y se disfruta con ese carácter, por lo que su determinación ha de efectuarse con referencia al momento adquisitivo", Función social p. 81. También, con anterioridad, había escrito GARCIA VALDECASAS: "Para determinar cuando una posesión es en concepto de dueño -o de titular del derecho- o en otro concepto distinto, hay que atender a la voluntad del poseedor en el momento de adquirir la posesión, siempre que la adquisición dependa de su propia voluntad... Si la adquisición se basa en un negocio jurídico, de él se deducirá la intención del adquirente" La posesión, p.24. En la doctrina francesa, POTHIER T. de la posesión, nº31 ss.; LAURENT, XXXII, nº 294, para quien el título precario configura la posesión precaria; también respecto a la causa de precariedad, RIPERT- BOULANGER, que, a propósito del título precario, advierte: "Es justamente la existencia de este título especial, lo que les constituye

en estado de precariedad, porque él implica el reconocimiento del derecho de otro" Traite I nº 2809 y 2814; COLLIN et CAPITANT Droit Civil, trad. de BUEN, II, 2º, p.574-575 (precariedad como obstáculo para la usucapión).

También destaca SCHMIDLIN, B. "Erst das zugrunde liegende typische Rechtsverhältnis verleiht dem allgemeinenbegriff Farbe", Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1968, p.141.

La jurisprudencia italiana, según GENTILE ha destacado el condicionamiento del animus por el título, Possesso, p.26-27 (1965). Lo mismo sucede en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como podremos ir comprobando.

Es cierto que la configuración del animus, derivada del título, debe prevalecer sobre la voluntad subjetiva del poseedor. Pero también lo es que cuando esta voluntad destruya la presunción de persistencia del título (art.436 C.c.), "sólo podrán tomarse en consideración ciertas exteriorizaciones significativas conforme a un simbolismo social" (HERNANDEZ GIL, Función social, p.118-119). La interversión se valorará con arreglo a los criterios sociales imperantes (voluntad exteriorizada). Sobre ello, en el negocio jurídico, V. CASTRO, Negocio Jurídico, nº. 65 a 81.

- 64) En la adquisición derivativa, media siempre algún acto o formalidad que da publicidad a la posesión; la ocupación se ha exteriorizado más por la actividad del sujeto.
- 65) Cfr. SCHMIDLIN, B. Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1968 p.141.
- 66) CASTRO señala la dependencia de la adquisición de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes hacia su título Negocio jurídico, p.297.
- 67) LACRUZ, Sucesiones, P. General, nº 135; VALLET, Apuntes de derecho sucesorio, p. 289-291.
- 68) Z. que ha recibido la cosa en arrendamiento, de manos de U, sin saber que U es un usurpador, compra la cosa a D, su verdadero dueño. Podríamos preguntarnos en este caso, cómo le es posible a D, efectuar la entrega, si precisamente carece de posesión, por tenerla Z para U (art.431).

En nuestro Derecho parece posible la recuperación de la cosa por el despojado, siempre que para ello no se emplee la violencia, ni se halle resistencia en el tenedor (art.441 C.c.). En base a esto, también le será posible a Z, reconocer en D, y no en U, la posesión superior. Con ello queda potenciada la entrega: Z poseerá para D, el

cual al convertirse en poseedor mediato puede hacerle entrega de la cosa (brevi manu).

- 69) Si el poseedor mediato adquirió la posesión contra la voluntad del anterior poseedor y no ha transcurrido un año, el nuevo poseedor (adquirente) no comienza a usucapir hasta que dicho año no transcurra; pero el carácter delicto de la posesión del causante no se transmite a la del sucesor, a menos que éste cometa otro delito, o sea cómplice en aquél (art.1956 C.c.).
- 70) La venta judicial es justo título de usucapión según la s. T.S. 8, marzo, 1956. También lo es la venta por el Estado, según S. 22, junio, 1904 (citada por la anterior)
- 71) También MARCELO, D. 41,2,19,1; D.41,1,171; D.41,1,3,20; D.41,3,33,1; D.41,1,18. El cambio no se produce por el transcurso del tiempo y sí por la adquisición de la cosa poseída bajo un nuevo título, POTHIER, Tratado de la posesión nº 31 y 35. cfr. arts.2236 a 2238, C.c. francés; art. 2116 C.c. italiano antiguo y arts. 1141,II; 1164 C.c.italiano actual.
- 72) BIONDI, Istituzioni § 81 p.240 (1946). vid.JURS-KUNKEL, Dº Priv.Rom.p.193 nota 7, (1937).

- 73) "Sólo se propone impedir el daño por actos extralimitados del tenedor o poseedor inmediato, precisamente mientras lo sea, pero no que pretenda y logre cambiar tal concepto posesorio", MARTIN PEREZ, haciendo suya la opinión de PEREZ y ALGUER, en Posesión, p.70.
- 74) Así VALLET, Concurrencia de posesiones, en estudios, p. 36; MARTIN PEREZ Posesión p.70 (arts.436,460,4a y 444 C.c.); PEREZ y ALGUER, señalan además el peligro de ver en el art.463, una derogación total del concepto de posesión, que supone un poder de hecho. trad.Enneccerus,III 1a p.81.
- 75) GARCIA VALDECASAS, La posesión p.24.
- 76) Se ha entendido la "contradictio" como acto jurídico, realizado por el poseedor formal, dependiente, en relación con el poseedor impropio, autónomo, mediante el cual desconoce y niega el vínculo de legitimación que une a las dos posesiones sometiendo la una a la otra, GENTILE, Possesso p.350, (1956). Mas este acto debe entenderse subordinado a la posesión intervertida, como una peculiar manifestación de su publicidad. No se debe desplazar el sentido de la figura, de la posesión (que ejerce bajo un nuevo concepto), a la oposición al anterior poseedor. Véase también GENTILE, Possesso (1965) n.º 145; CANNADA-BARTOLI, E. ("según los tratadistas de la materia la contradictio al

derecho del propietario resulta de una acción mediante la cual el detentador intenta contraponer al derecho del propietario la posesión ad usucapionem que él intenta adquirir"), Gur.ital.1965-IV, p.55, n2; BAUDRY-LACANTINERE-TISSIER Prescrip, n2 333 a 336.

La consideración que GENTILE hace de la contradic-
tio, le impone el análisis de las siguientes cuestiones:
forma p.351; capacidad p.353; sujeto frente al que se rea-
liza p.352; contenido p.354; revocabilidad p.357; efectos
p.359-360, Possesso (1956). Es cierto que este autor des-
taca como contenido de la misma la oposición de una pose-
sión incompatible (p.354) que debe corresponderse con una
actuación de hecho correspondiente al ejercicio de la pro-
piedad (p.358-359).

- 77) Se debe dirigir la publicidad al titular, CANNADA-BARTOLI,
E. Interversio p.55.
- 78) Parece exagerada, por ello, la afirmación del T.S., S.12,
diciembre, 1966 de que es necesaria la aquiescencia del
verdadero dueño.
- 79) En contra, VALLET, Concurrencia de posesiones, Estudios,
p.68.
- 80) GENTILE, Possesso (1965) n2 148: permanencia del título a
los efectos de reclamación.

81) RUGGIERO Instituciones, I, p. 825 (1929); allí bibliografía sobre este punto.

81 bis) Este paralelismo, con la idea francesa de precario, salvadas las peculiaridades del encaje de estos actos en nuestro sistema, se comprueba a la vista de la definición que de la posesión precaria nos ofrece RIPERT-BOU LANGER, Traité élémentaire, I, p.951, nº 2807 (1950). Pero tales actos posesorios no eran tampoco extraños a nuestro derecho histórico: v. GOMEZ DE LA SERNA, Elementos, I, p.618 (1886).

82) cfr. NOGUERA de GUZMAN, "El precario y lo precario", Col. Notarial de Barcelona, Est. Históricos, (Barcelona, 1950); MERÊA, Paulo, A precaria visigótica e as suas derivações imediatas, Estudos, II, p.124 a 152, Coimbra, 1953, y la bibliografía por él citada, p.125, nota 2.

La precaria consistía en una concesión de tierras ad excolendum hecha mediante solicitud dirigida al propietario, a la cual éste correspondía cediendo la posesión y disfrute del predio al impetrante, el cual se comprometía a cultivarla convenientemente mediante el pago de un canon, MERÊA, Op.cit., p.126, La escritura constituía una prueba del carácter precario de la posesión para el caso en que el precarista intentase arrogarse arbitrariamente la posesión, MERÊA, Op.cit., p.133-134. Cfr. también GARCIA GALLO, Bienes propios, p. 373.

83) El precario romano, establecido entre dos partes, una que ruega y otra que otorga por mera liberalidad, no ha sido reproducido ni en las Partidas ni en el Código Civil "sin duda porque no habiendo subsistido en nuestra Península las circunstancias que entre los romanos le dieron vida, su empleo ha caído casi en total desuso". (S.26 junio,1926). También s.21 mayo,1934, donde se reitera que el concepto de precario referido por el artículo 1565 de la L.E.C. "según repetida jurisprudencia", "no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente", en el sentido que le otorgó el Digesto.

84) JORS- KUNKEL DQ Priv.Romano, p.159-160.

85) En relación con el precario de los primeros tiempos ha dicho IGLESIAS:

"El rogatus renuncia liberalmente a su libertad jurídica de acción; el precarista está en contacto con la cosa, y ningún vínculo obligatorio le liga al concedente. El precario no es revocado sino excepcionalmente. No cesa ni con la muerte del precarista, ni con la muerte del concedente. Los juristas romanos con referencia a los primeros tiempos comparan el precario a la donación" (D.43,26,14) DQ Romano, p.292, (1962).

- 86) ALBERTARIO, Corso: possesso p.29 (1946).
- 87) ALBERTARIO, Corso: possesso p.30 (1946). IGLESIAS, Dº Romano, 421 (1962).
- 88) RIPERT-BOULANGER, Traité, élémentaire I, p.951, nº2807, p. 952, nº 2808 y en general p.951 a 955 (París, 1950). MARTY - RAYNAUD, Droit civil-biens,II, 2 vol. p.32,nº28 (1965). MAZEAUD, Leçons-biens II, p.1143, nº 1410 (1962).
- 89) COLIN et CAPITANT, Dº Civil, trad.esp. de BUEN, II,2º,p. 574, 575.
- 90) RIPERT - BOULANGER, Traité élémentaire, I, p.953, nº2810 (1950).

También MARTY-RAYNAUD: "Es exacto que estos poseedores para otro (se refiere al art.2236 C.c. francés) no pueden ser considerados como poseedores de la cosa, identificada con la propiedad que recae sobre ella, pero se debe hacer una distinción entre ellos, en lo que concierne al derecho que les es propio: los que ejercen un derecho real, como hemos visto, son poseedores; sólo los otros son detentadores". Droit civil, biens, II,2º,nº28,p. 33. (1965).

- 91) Leçons II p.1143, nº 1410 (1962).

RIPERT-BOULANGER definen la detentación como "un po

der de hecho sobre una cosa, sea con permiso y por cuenta del propietario; sea en virtud de una habilitación de la ley o de la justicia" Traité élémentaire, I, p.951, nº 2807 (1950).

- 92) MAZEAUD, Leçons II, p.1144, nº 1410 (1952).
- 93) También RIPERT-BOULANGER, Traité élémentaire, I, p.952, nº 2809 (1950). En el Derecho alemán se basa la mediación posesoria en una relación entre poseedor superior e inferior, que origina, a favor del poseedor mediató, una pretensión de entrega encaminada a la devolución de la cosa, WOLFF, Derecho de cosas, III, 12, p.43.
- 94) RIPERT-BOULANGER, Traité élémentaire, I, p.953, nº 2811, (1950).
- 95) RIPERT-BOULANGER, op.cit. I, p.453, nº 2812 (1950).
- 96) RIPERT-BOULANGER, op.cit., I p. 953, nº 2813; AUBRY et RAU, Cours, II p.125, parag.180 (1897).
- 97) RIPERT BOULANGER op.cit. I p.943, nº 2814.
- 98) AUBRY et RAU, Cours II p.126, parag.180 (1897). El vicio del precariedad, se transmite a los herederos (art.2237, C.c. francés).

- 99) PLANIOL-PICARD, Traité pratique, III-biens, nº 159, p. 171 (1926) y p.175-76 (1952). Información sobre este punto también en AUBRY et RAU, Cours, II parag.180, p. 124 (1897). Al parecer POTHIER no incurrió en tal confusión, Tratado posesión nº 15 ss.
- 100) La jurisprudencia sobre precario, a efectos del desahucio, no la analizaremos por no tocar al tema de nuestro trabajo y por su abundancia, que desplazaría nuestra atención. No omitimos en cambio el estudio de la jurisprudencia relacionada con los actos meramente tolerados en la usucapión.
- Sobre la jurisprudencia en torno al denominado precario procesal puede verse: ROCA SASTRE, Dº Hipotecario, 5ª ed., t.I, p.287 a 291; MORENO MOCHOLI, Precario, p. 292 a 312 (1951); REYES MONTERREAL, J.M. Precario, R.G. L.J. julio-agosto 1965 (cito y manejo separata); también LATOUR, Precario, R.D.P. año 1959, p.1067 ss.; FERRER, Precario R.D.P. 1952, p.305.
- 101) JORDAN y de MANUEL lo incluyen en el préstamo, como especie del mismo (mutuo, comodato, precario), Instituciones, p.182 (1792). En el siglo XIX, GOMEZ DE LA SERNA, Elementos, II, p.347 nº 362 (1886) y GUTIERREZ, Códigos, T.V. p. 232-233 (1878). GUTIERREZ refiere su exposición al precario romano, como contrato, advirtiendo que no ha merecido igual favor en nuestro Derecho esta institución.

Por otra parte FEBRERO,- GARCIA-GOYENA, AGUIRRE eluden la posibilidad misma del contrato denominado precario, pues "si no se ha prefijado tiempo ni determinado el uso (de la cosa prestada), no debe quedar este punto a la so la voluntad del comodante, sino al prudente arbitrio del juez o de buen varón, porque podría aquél abusar y el comodato tiene por objeto favorecer, no engañar ni perjudicar" T.II, nº 2864, p.256 (1852) (es una anotación entre paréntesis añadida al texto de FEBRERO).

102) ESCRICHE, Diccionario, voz precario, París, 1851.

103) CASTAN se refiere a la figura contractual del precario, que refundido en los Códigos modernos con el comodato, apoya su subsistencia en el artículo 1750 del C.c., Dº Civil, IV p.406-407 (1961). También en esta dirección ROCA-SASTRE, Dº Hipotecario, I, p.287, nota 5 (5ª ed.); De DIEGO, Instituciones,II, p.270 (1930); COVIAN, Precario, p.339 Enc.Jur., T.XXV; MANRESA, Com. XI, p.532.

PUIG BRUTAU considera, en cambio, que no tiene sentido hablar del precario como una modalidad contractual, independiente, pues sólo podría manifestarse como una mo dalidad de comodato, en el que no estaría fijado el pla zo de duración, pudiendo terminar a voluntad del comodan te. "Lo único que existe como figura contractual es una modalidad del comodato", Fundamentos, T.II, vol.II, p.314 (1956).

La postura doctrinal de este autor es ponderada, pues es muy discutible si se puede hablar en nuestro derecho del precario como figura contractual autónoma. Sabe además perfilar la distinción entre esta cuestión y la relacionada con el precario procesal, aunque quizá, se preste a cierto confusionismo el tratamiento sistemático que hace de éste a continuación del comodato.

- 104) Sobre la expresión precario procesal en la jurisprudencia puede verse MORENO MOCHOLI, Precario, p.296 ss. (S. 26 junio, 1926); 29 noviembre, 1929; 20 julio, 1930). Por no deslindar este autor los significados posibles del precario, critica la denominación: "No justifica la denominación, advierte, la circunstancia un tanto accidental de que, a través de la jurisprudencia se reconstruye, pues al fin no es acontecimiento exclusivo de la figura que nos ocupa" (p.297). Olvida sin duda este autor que la jurisprudencia ha desbordado la noción substantiva del precario, al incluir al poseedor sin título entre los precaristas, pues este poseedor sin verdadero título (ej. título aparente) puede serlo también en concepto de dueño, con lo cual la denominación de precarista no cuadra al mismo más que a efectos procesales. Así por ej. el comprador de una finca a un non dominus es poseedor "ad usucapionem", siendo, en cambio precarista respecto al verdadero titular, hasta tanto que no consume la usucapión. La propia senten-

cia que MOCHOLI cita para demostrar un cambio de orientación en la jurisprudencia no es decisiva, ni de sus palabras se puede inferir la tesis de este autor pues se refería a la no aplicabilidad al precario del D.L. de 24 enero, 1944, sobre prórroga de arrendamientos.

Aunque existan supuestos en que coincida la condición de precarista a los efectos de la usucapión y a los procesales (ej. posesión tolerada: supuesto de hecho de la S. 23 noviembre 1946; el fiador del arrendatario, pariente del mismo disfrutaba de la vivienda por su tolerancia) no puede afirmarse en términos generales que tales figuras están superpuestas.

- 105) Está fundada esta calificación en las exigencias de nuestro sistema procesal. ROCA SASTRE, Dº Hipotecario I p.289 nota 1, 5ª ed.; PUIG BRUTAU, Fundamentos, II, 2º p.317.
- 106) Además de la clasificación de ROCA SASTRE en Dº Hipotecario T.I, (5ª ed) p.287 a 291, que es la que recogemos en el texto, pueden verse otras en MORENO MOCHOLI, Precario p. 310-311 (1951); MARTIN RETORTILLO, Precario, p.45 a 54, cuya clasificación coincide sensiblemente con la de ROCA: El precario como posesión rogada, posesión tolerada y posesión degenerada (mayor amplitud en ROCA, sin título). PUIG BRUTAU, acoge la clasificación de ROCA SASTRE, en Fundamentos II, 2º, p.317 (1956). También vid. la clasifica-

ción de REYES MONTEIRREAL, Precario (separata), p. 40-41 y 64 (1965).

- 107) El precario romano como posesión otorgada, previo ruego, y con carácter de mera liberalidad revocable no tiene vigencia en nuestro Derecho (S. 26 junio, 1926). Sobre precario romano, IGLESIAS CUBRIA, Relación jurídica de precario en el Dº Romano, Inf.Jur. 1949, p.771 a 811.
- 108) ROCA SASTRE, Dº Hipotecario, t.I, p.287, (5ª ed.). En esta dirección cita S. 10 y 13 junio 1924; 24 junio de 1926; 4 diciembre de 1933; 5 julio, 1945; 10 octubre 1949 y 31 enero 1950. También en muy destacado lugar la de 21 junio 1934.
- 109) ROCA SASTRE, Dº Hipotecario, t.I, p.287, nota 5.
- 110) Autores que considera CASTAN, y en general la doctrina, como mantenedores de una posición acontractualista respecto al precario, incurrir en confusión por no haber deslindado previamente los tres significados que éste tiene. Así LATOUR, quien partiendo de la denominada idea procesal del precario, que entiende como "simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar de un inmueble ajeno gratuitamente, bien por la mera liberalidad o simple tolerancia del titular de la posesión real, hasta tanto se manifieste por éste su voluntad de poner término a

esta situación" (op.cit, p.1070), se toma la tarea inútil de establecer diferencias entre el precario y el comodato, sin destacar suficientemente las diferencias entre el precario contractual y el denominado precario procesal.

También adolece de cierto confusionismo FERRER, Precario R.D.P. 1959 p. 1069-1070, que se expresa en estos términos a propósito del precario". No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si unas veces tiene origen en un contrato otras no, lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en éste (tenencia, detentación, posesión en suma) la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora que unas veces será el contrato y otras el vicio en la posesión" Precario, R.D.P., 1952 p.306.

Por fin, no son tampoco claras las consideraciones hechas a este respecto por MORENO MOCHOLI, Precario p.315, 316.

- 111) ROCA SASTRE, Dº Hipotecario, I, 5ª ed. p.288. En esta dirección cita S. T.S. 20 diciembre 1915; 21 marzo 1916; 26 junio 1926; 23 noviembre 1946; 27 febrero y 14 noviembre de 1947; 5 febrero 1948; 27 marzo, 1950; 27 enero, 1952.

- 112) ROCA SASTRE, Dº Hipotecario, I, p. 288-289.
- 113) ROCA SASTRE, Op. cit. I, p. 290.
- 114) ROCA SASTRE, Op. cit. I, p. 290.
- 115) Así CASTAN, Dº Civil II, 1º p. 274 (1964); MANRESA, Comentarios, XII, p.700 (1931); PUIG BRUTAU, Fundamentos III, p. 207 (1953); ALBALADEJO, Instituciones II, cosas p. 55 y 115 (1964).
- 116) DIEZ PICAZO, Lecciones: cosas p.128 (1967).
- 117) Ej. S. 5 abril, 1930, los equipara. Se resalta en ambos su nota común, no ser en concepto de dueño.
- 118) Partidas L. 5, t.29 P. 3a; Nov. Rec. L. 1a, tít.VIII, lib. XI. Las Partidas disponían:
- "Labradores, o yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas ajenas como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos, en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende, quanto tiempo quier que ellos las tuviessen assí, non ganarían el señorío por ello. Pero aquellos que tienen a

feudo un heredamiento, o han ende el usufruto dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren aporreados de aquellos heredamientos, ganan la possession dellos, pero en salvo finca el señorío a sus dueños: de manera que estos tales por tal tenencia como esta non ganan la propriedad dellos quanto tiempo quier que las tengan".

Y la Novísima Recopilación:

"Si alguno tuvo o poseyó alguna heredad o otra cosa a empenos, o encomienda o arrendada, o alugada, o forzada, no se pueda defender por tiempo, que estos tales no son tenedores por si; mas por aquellos de quien la cosa tienen".

119) Elementos, I, p. 610, nº 174 (1886).

120) Elementos, I, p. 618, nº 182 (1886).

121) Elementos, I, p. 618, nº 182 (1886).

122) El mismo confiesa la influencia de SAVIGNY al comentar la L. 5, T. 29, P.3ª: "Conviene, pues, conocer los casos de posesión derivada, porque es el modo de determinar la eficacia de ciertos contratos en cuanto a la usucapión o a la prescripción". Distingue tres grupos:

Primer grupo: Ni el poseedor actual pierde por la trans-

misión su "ius possessionis", ni adquiere la posesión aquél a quien se hace la transmisión. Incluye las siguientes situaciones: Procurador, comodato, arrendamiento, missio in possessionem.

Segundo grupo: "La detentación a veces se transmite con la posesión" (enfiteuta, acreedor, pignoraticio).

Tercer grupo: "La detentación a veces se transmite con la posesión" y a veces sin ella. Así en el depósito "cuando la propiedad de una cosa es reivindicada y se deposita en poder de tercero, las partes, por convención expresa pueden conferir la posesión a este tercero a fin de interrumpir toda usucapión". En el precario "es regla que por él se transmite la posesión pero se puede estipular por convenio expreso, que sea sólo la detentación la que se transfiere" GUTIERREZ, Códigos II, p. 559 (1881); también, III, p.94.

123) SALA, Ilustración I, p. 119 nº 6, (1820). Interpreta el texto Nov. R.L. 1º tit. 8, Lib.11.

124) v. GOMEZ DE LA SERNA, Elementos I, p. 618, nota 3 (1876); cfr. S. T.S. 18, abril, 1859; 18 marzo, 1874.

124 bis) En cuanto a la prenda, hoy suscita dudas su usucapibi-

lidad, v. ALBALADEJO, Posesibilidad del derecho de prenda, Estudios, p. 9 a 17; Adquisición por usucapión del derecho real de prenda, Estudios, p. 23 a 50 (Barcelona, 1955).

- 125) En otra dirección la sentencia de 24 junio, 1941, según la cual el derecho de retención se concibe "no como una ampliación del derecho principal a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario y que, además, se engendra, siempre en una disposición legal a la que precisa atenderse para deducir sus adecuadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse".

Por lo demás resulta interesante comprobar cómo el Tribunal Supremo ha sabido resaltar que el derecho de retención no se ostenta por el mero precarista (S.17, junio, 1948), o empleando la terminología de este fallo, por quien carece de "estado posesorio". El derecho de retención del artículo 453 "unicamente puede reconocerse al poseedor con título... pero no en el precarista..."

- 126) vid. PLANIOL-PICARD, Traité pratique, III, biens, nº 160, p.176 (1951).

- 127) v. nº 133.

- 127 bis) cfr. S. T.S. 24 abril 1893, 16 agosto 1900, 15 enero,

1915; 2 julio, 1928; 8 diciembre 1932; 29, enero, 1953;
10, noviembre, 1958; 7 febrero, 1959; 7 junio, 1960.

- 128) LACRUZ, notas al BINDER, Dº sucesorio, p. 204 (1953).
- 129) En este sentido S. T.S. 12 diciembre, 1960. Reclamación de un cuadro entregado a un pintor para restaurar. Por la finalidad para que se entregó el cuadro no era poseído "animus dimini" y por tanto su posesión no podía servir para adquirir su dominio.
- 130) GOMEZ DE LA SERNA - MONTALBAN, Elementos, I, p. 612 (1886)
- 131) En concordancia con el art. 1942 C.c. están, además del art. 2232 C.c. francés, el art. 1144 del Código Civil italiano actual y el art. 688 del C.c. antiguo.
- 132) Recoge sentencias que se basan en estas consideraciones, GENTILE, Possesso, p.117 (1965). Abundante jurisprudencia francesa se cita en BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, Prescription, p. 179 a 183 núms. 282 a 286 (1899).
- 133) RUGGIERO (Inst, I, p.824, Madrid, 1929), y más abiertamente BARASSI (Possesso, nº191 p.183) señalan la cortesía como base de los actos tolerados. COLIN et CAPITANT, los basan en las relaciones de buena vecindad (Dº civil trad.de

BUEN II-2, p.586 ss). PUBLIESE también en este sentido, Pres. P. adquisitiva, nº 165 p. 337, citando a los autores franceses, p. 337, nota 3 (1921).

134) Prescription, nº 282, p. 180.

135) Possesso, p. 116 (1965).

136) Possesso, p. 116 (1965).

137) STOLFI, N. Diritto civile, II, nº 57 (1926).

138) Traité V, nº 868, p. 761 (1952).

139) Traité pratique, III, nº 962, p.942 (1952).

140) D. Civil (trad. de BUEN) II, 2º, p. 586 ss.

141) Com. al nuovo Cod., Lib. de la Prop. II, p. 412 Turín, (1941).

142) (1941) la concesión precaria se entiende a la manera del precario francés. Algo similar a los actos ejecutados en virtud del licencia en el Código Civil español (art.1942).

143) Derechos reales, en trat. Ennecerus (trad. PEREZ Y ALGUER) III, 1º, p. 30-31 (1944).

- 144) Así: PUGLIESE, Gius., Pres. acquisitiva, nº 165 p. 337 (1921); LAURENT XXXII, p. 298 (pocas molestias para el tolerante); GROPALLO, Prescrizione, Nuovo Dig. Ital. X. nº 26 (débil incidencia sobre la posesión de quien tolera). Estos dos últimos autores aparecen citados en GENTILE, quien, a su vez, alude a este carácter en, Possesso, p. 116 (1965).
- 145) Concordancias IV, p.311 art. 1950 (1852).
- 146) CASTAN, Dº Civil, II-1º, p. 274 (1964); PUIG BRUTAU, Fundamentos, III, p. 207.
- 147) VALDECASAS, La posesión, p. 30-31; GIMENEZ ARNAU, Inscripciones de posesión, p. 24ss; MARTI MIRALLES, Spoliatus p. 160-161 (cit. MOCHOLI).
- 148) ABELLA, Código civil, art. 1942, nota 4 (1894).
- 149) S. ROMAN, Dº Civil, III, p. 456 (1900).
- 150) ESPIN, Dº civil, Ds. reales, p. 127 (1959).
- 151) MORENO MOCHOLI, Precario, p. 280-281.
- 152) PEREZ Y ALGUER, Notas, Trad. del Ennecerus, III,1º, p.92 (1944).

- 153) Instituciones: cosas, p. 115 (1964).
- 154) "Pese a que pudiera corresponder al contenido de una relación jurídica, las circunstancias que rodean a aquella relación (corpus) evidencian que no se pretende actuar un poder jurídico". Aunque se base en la voluntad unilateral del que actúa, hasta aquí es clara y admisible su postura. Mas no parece adecuado conceptuar este supuesto como desvalorización del corpus, ni relacionar la categoría de actos tolerados con la posesión del servidor de la posesión, La posesión, p.53.
- 155) Exigen: Licencia del dueño, y reconocimiento del derecho ajeno en quien los ejecuta, en MUCIUS XXXII, 1a, p. 438 a 440.
- 156) Señala la falta de voluntad del dueño de conformarse con que el poseedor adquiriera el dominio, deduciendo de ahí que no hay animus domini. Comentarios XII, p. 700 (1931).
- 157) Lecciones: cosas, p. 127 a 129 (1967).
- 158) DIEZ PICAZO, Lecciones: cosas, p. 129 (1967).
- 159) ROCA SASTRE, Dº hipotecario I, p. 288, 5a ed. ("condescendencia o beneplácito").

159 bis) La mera tolerancia se califica objetivamente; desde el título que configura la situación. La casuística jurisprudencial ha calificado de precario a la situación posesoria posterior a la declaración de inexistencia de documentos (S. 13 noviembre, 1944), o de la decadencia de un título (S. 11 febrero, 1926), advirtiendo así mismo que la persistencia de unas ventanas después de haber pactado su desaparición implica una posesión de las mismas por mera tolerancia (S. 24, mayo, 1933).

Este carácter objetivo que tienen las situaciones meramente toleradas, acentúa las dificultades de la interversión que requiere un "acto contrario o autónomo por parte del poseedor inmediato incompatible con la precariedad inicial" (S. 28, febrero, 1957). Cfr. también S. 30, junio, 1953 y 12 enero, 1926.

160) v. CASTRO, Negocio jurídico § 519, p.472.

161) Aunque exista una estructura negocial, incluso perfecta (ej. negocio prohibido) es desconsiderada por el Derecho. Así, la posesión, de hecho transmitida, carece de antecedente negocial que la configure. Cuando la entrega se deba a un error del tradens, porque no existió negocio, no tiene más causa que la voluntad del mismo, viciada por el error (art. 1895 ss).

162) A. GOMEZ. Ad. L. 45 Tauri, nº 30.

- 163) cfr. DIEZ PICAZO, Lecciones, cosas, III, p. 367, sin entrar en este problema, hace una consideración separada de la causa de la tradición en los acuerdos traslativos: "El puro acuerdo traslativo reclama un tratamiento rigurosamente causal".
- 164) Negocio Jurídico, p.559, p. 499.
- 165) CASTRO, Negocio jurídico, p. 497.
- 166) CASTRO, Negocio jurídico, § 557, p. 417.
- 167) Sobre el negocio rescindible vid. DE CASTRO, Negocio jurídico p.517 a 528 (1967). BETTI, Negocio jurídico p. 370, nº 60 (Madrid, 1959); CARIOTA FERRARA, Negocio jurídico, p. 315 ss. nº 91; ENNECERUS-NIPPERDEY, Parte General, II, p. 369, parág. 190 (Barcelona, 1944).
- 168) Cfr. art. 37 L.H.
- 169) Esto con independencia del alcance real que se da a la sentencia rescisoria (v. De CASTRO, Negocio jurídico, parág. 597, p. 526, sobre los efectos de la acción rescisoria), y aún en el caso de que el derecho transmitido no se vuelva a obtener automáticamente por efecto de la misma sentencia, lo que podría suceder en nuestro sistema, con más facilidad que en el francés o italiano, en

donde basta el contrato para transmitir el derecho y su invalidación, por tanto, puede suponer, automáticamente, el efecto real.

- 170) En contra GENTILE: El adquirente que ha conseguido la de tentación es poseedor y podrá aprovecharse de la usucapión (extraordinaria en Derecho español), Possesso, nº 389 (1965).

Entre nosotros GOMEZ, A. apoya nuestra postura, con referencia a la simulación absoluta: "Ex contractu simulato, etiam si traditio sequatur, non quaeritur possessio accipienti, quia ibi deficit omnino animus acquirendi..." in Legen 45 Tauri, nº 27, p. 371 (1768). Cfr. PUGIESE, Prescrizione acquisitiva, p. 594, nº 318 (1921).

- 171) En este sentido GOMEZ, A., in Legen 45 Tauri nº 27:
"Quando causa vera praecessit et alia simulatur et sequitur traditio, ibi consideratur animus utriusque respectu illius causae verae: ergo possessio quaeretur accipienti".
- 172) Sobre el negocio fiduciario, en general: CASTRO, Negocio jurídico p. 379 a 442; también, El negocio fiduciario R. D. Not. (1966).
- 173) Cfr. CASTRO, Negocio jurídico, p. 263-265.
- 174) Cfr. GOMEZ ACEBO, La buena fe, R.D.P. 1952 p. 204

- 175) Sobre las repercusiones del título nulo o inexistente
vid. nº 168 ss.
- 176) La acción pauliana sólo trata de establecer la situación del patrimonio del acreedor, anterior al fraude.
vid. ROCA SASTRE, Dº Hipotecario II, p.286 ss. (5ª ed.)
- 177) V. CASTRO, Compendio p. 273 (2ª ed.).
- 178) v. nº 32 ss.
- 179) Parece posible que la condición actúe o sobre el nacimiento del derecho obligacional, o indirectamente sobre la transmisión del derecho real, o tan sólo sobre el carácter transmisivo de la entrega, que emana de una obligación no condicional: Un ejemplo de éstas es la cláusula de reserva de dominio (vid. lo dicho sobre ella en la entrega).
- 180) En las obligaciones condicionales nace condicionado también el efecto transmisivo normal de la entrega (art.609) Si la condición es suspensiva, hasta su cumplimiento efectivo, no se adquiere el derecho, (art.1114); referencia del Código que debe entenderse, tanto respecto al crédito, como al derecho real emanado de la tradición (comp.art. 1121-II).

- 181) "Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor usu non cepit" (Paulo. D.41, 4, 2, 1). GOMEZ, A.L. 45 de Toro nº 31. POTHIER: el adquirente no posee como si la cosa le perteneciera, sino como si le pudiera pertenecer (Oeuvres, IX, nº 90, p.348).

PUGLIESE, Prescrizione acquisitiva, nº 320 p. 600, (1921),

MARTINO, Com., art. 1159, p.551.

GENTILE, Possesso, p. 389, nº 360, (1965)

Incluso se señala que el título no da derecho a poseer: LAURENT, XXXII, nº 398.

- 182) POTHIER, Ouvres, nº 91.

- 183) Así, MARTINO, Possesso, Com. art. 1159, p. 551; GENTILE, Possesso (1965) nº 360, p. 389-390.

- 184) PUGLIESE, Prescrizione acquisitiva, nº 320, p. 600. En esta dirección numerosos autores de la antigua doctrina francesa a partir de POTHIER, Ouvres, nº 92: Así, TROPLONG, Prescription, nº 910; LAURENT, XXXII nº 398.

- 185) Prescription, nº 673, p. 426 (1899).

- 186) PUGLIESE, Presc. acq. nº 320 p.600: informa sobre estas cuestiones.

- 187) POTHIER, Prescripción nº 92. Siguiendo a PAULO en D.41, 4, 2, 2, ("... si existit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, quid potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum"), el cual a su vez sigue a SABINO, POTHIER resuelve que "la prescripción comienza a correr desde el día del cumplimiento de la condición y no tan sólo desde el día en que llegue a conocimiento del poseedor". Aplica el aforismo "plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione".
- 188) GENTILE, possesso, p. 390 (1965).
- 189) v. CASTAN, Derecho civil, t. III, obligaciones, p. 138 (Madrid, 1958): "Pendente conditione producen los efectos de las puras" (art. 1113, ap.2º).
- 190) En este sentido D. 41, 4, 2, 4 y D. 18, 2, 2 in fine POTHIER, Prescrip. nº 93; LAURENT, XXXII nº 398, invoca el art. 1665 del C.c. francés (compra con pacto de rescate); BAUDRY - LACANTINERIE - TISSIER, Prescrip. nº 672, también se apoya en el art. 1665; invoca a otros autores PUBLIESE, Prescrip. acq. nº 320 p. 599; también aduce la venta con pacto de rescate y el artículo 1521 del C.c. italiano antiguo. GENTILE, Possesso (1965), nº 360, p. 390.
- 191) El cumplimiento de la condición elide retroactivamente el

título, GENTILE, Possesso p. 390. Precisamente por ello no es ni tan siquiera posible la usucapión extraordinaria, salvo interversión. En contra GENTILE, Op.cit. 390, (adviértanse las diferencias terminológicas).

- 192) Sobre esto PUGLIESE, Presciz. acq., p. 599-600 nota 4; allí información.
- 193) No le aprovecha la cosa juzgada obtenida por el adquirente frente al dominus, PUGLIESE, Op. cit. p.600.
- 194) En contra PUGLIESE, Presc. acq., p. 599 (nota).
- 195) Tal vez pudiera entenderse que el cumplimiento de la condición resolutoria constituye al adquirente automática y objetivamente en poseedor representante del transmitente (art. 431 C.c.).
- 196) Sobre el término en la doctrina: DE CASTRO, Do civil, I, p. 680 ss.
- 197) Los hechos eran los siguientes: Doña A., adquiere por herencia unos bienes sobre cuya atribución se estableció por el causante una cláusula que convertía a la citada señora, en cuanto excediera de su legítima, y siempre que no tuviera descendencia, (cosa que así sucedió), en heredera fideiuciaria, siendo fideicomisarios sus restantes hermanos.

Doña A., entró en posesión de los bienes en 22 de agosto 1919 y por escritura de 23 mayo, 1952, seguida de inscripción, vende una parte de los mismos, que excede a su tercio legítimo. En 29 julio de 1953 se demanda por los fideicomisarios la nulidad de tal escritura, lo cual se admite en primera y segunda instancia. La adquirente en virtud de la citada escritura interpuso recurso de casación basándose entre otros motivos, en la usucapión ordinaria y extraordinaria. Aquélla apoyada en el título adquisitivo de su causante, Doña S. (la participación), que es de carácter traslativo, la posesión ininterrumpida y su buena fe, ya que desconocía la cláusula del testamento. La usucapión extraordinaria basada en la posesión. El T.º. no da lugar al recurso: porque tanto la usucapión ordinaria como extraordinaria exigen que la posesión sea en concepto de dueño y no posee en tal concepto el heredero fiduciario.

Con esto se pone de manifiesto que la posesión no puede impedir, por usucapión, la eficacia temporalmente limitada de un título, ni borrar el carácter de la relación que él configura. Además, dado que en los motivos se alegó el desconocimiento de la cláusula testamentaria por la heredera fiduciaria, doña A., (voluntad subjetiva de poseer como dueña) y que sin embargo el T.S. se limita a afirmar, sin más, que el heredero fiduciario no posee en

concepto de dueño, se pone de manifiesto la objetiva influencia del título para la configuración de la posesión en concepto de dueño (art. 436), al margen de cuál sea, subjetivamente, el animus del poseedor (art. 430).

198) LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, I, P. 613 (1886).

199) VALLET, Concurrencia de posesiones, Estudios, p.43.

200) LACRUZ, Sucesiones: P. General, nº 405, p.533.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

DE LA PRIMERA PARTE - SECCION SEGUNDA

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1) Cfr. art. 2229 C.c. francés; BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER Prescription, nº 257 a 263; PLANIOL-PICARD, III, nº 156; MAZEAUD, Leçons II, nº 1436 a 1438; art. 689 en rel. con 2106, C.c. italiano antiguo, v. PUGLIESE, G. Prescrizione acquisitiva, nº 167., ss.; art. 1163 C.c. italiano 1942, v. GENTILE, Possesso p. 197 nº 136 n. (1956), Effetti possesso p. 113, en nota ((1958), Possesso, nº 104 (1965); art. 1947 P. de 1851.
- 2) Nuestra doctrina no destaca suficientemente las diferencias entre ambas. Incluso se señala que el artículo 1941 es una consecuencia del art. 444: MANRESA, Comentarios, art. 1941, XII p. 701. Este modo de pensar no es correcto en nuestro Derecho, en el cual, como ya hacía ESCRICHE en el siglo pasado, se debe distinguir la posesión clandestina (posesión viciosa) y posesión no pública (que carece de un requisito para la usucapión). Este autor estudiaba a la posesión clandestina en un apartado específico, dentro de la voz posesión y a la posesión pública en la voz prescripción del dominio. Definía aquella: "la que se toma o tiene furtiva u ocultamente, de modo que no ha podido ser conocida de la parte contraria" (Diccionario p.1361) Esta la consideraba necesaria "para que no pueda ocultarse a la persona contra quien se prescribe" (Diccionario p.1369)

ALBALADEJO resuelve adecuadamente, Instituciones, cosas p. 117 n^o 45 (1964). La publicidad, añade a la posesión una nota especial a efectos de la usucapión, presuponiendo la existencia de verdadera posesión (no viciada por la clandestinidad).

- 3) La clandestinidad de la tenencia vicia la posesión mientras actúa. No se puede sostener, como parece dar a entender ALBALADEJO, que los vicios de la posesión (violencia y clandestinidad) se subsanan con el transcurso de un año, Instituciones: cosas p. 52-53 n^o 23 (1964). Se debe distinguir entre la adquisición no pacífica de la posesión, que es la realizada contra la voluntad del poseedor (art. 460, 4, 1941, 1944 C.c.) y que se subsana el transcurso de un año, y la posesión adquirida, a más de no pacíficamente, violenta o clandestinamente (vicio) que se subsana al cesar estos vicios.
- 4) Bajo otros aspectos la publicidad interesa a la comunidad misma. No tratamos aquí del carácter clandestino que debe acompañar a la toma de posesión, sino de la publicidad del disfrute posterior v. GENTILE, Effetti possesso, p. 113.

Cuando el título del dueño carece de especial publicidad, cual es la registral, la persistente manifestación de la posesión, permitirá a los terceros, pasados los plazos máximos de usucapión, confiar en la titularidad del

poseedor. La posesión pública, si el poseedor exhibe el título por el que resulta no haber mediado vicio en la adquisición, garantiza la confianza de los terceros; permite comprobar que la posesión data efectivamente desde cuando el título proclama, y que, por tanto, si ha transcurrido el tiempo, lo más probable será que el poseedor sea ya titular.

- 5) GARCIA GOYENA: "Es menester que aquel contra quien se prescribe pueda tener noticia de ella". Concordancias, art. 1947.

ESCRICHE, Diccionario, voz prescripción de dominio p. 1369; MANRESA, Comentarios art. 1941 XII p.701; REYES MONTERREAL, en MUCIUS, Comentarios, art. 1941, XXXII lo p. 425; ALBALADEJO, Inst. cosas p. 117-118. Cfr. también PLANIOL- PICARD, Traité pratique III, nº 156; MAZEAUD, Leçons II, nº 1436.

- 6) MANRESA, Comentarios art. 1941, XII p. 701.

- 7) ALAS, DE BUEN, RAMOS, Usucapión p. 170 "Que la posesión sea pública no quiere decir que todo el mundo sepa de ella, sino que todos pueden enterarse de su existencia de una manera natural, como ordinariamente nos enteramos de la posesión de quien no tiene interés alguno en ocultarla".

- 8) Porque en muchos casos le será desconocido al poseedor.
- 9) Esta es la consecuencia del papel jurídico que corresponde a esta nota de la posesión "ad usucapionem": Permitir el conocimiento del dueño, no de una manera directa sino potencial.
- 10) Actuar como lo haría el que ejercita su derecho PLANIOL-PICARD, Traité pratique, III nº 156.
- 11) Tratándose de inmuebles inmatriculados la publicidad espontánea de la posición no ha de ser bastante para perjudicar a tercero (art. 1949 C.c.).
- 12) Ej. sótano excavado bajo el fundo del vecino sin que éste llegue a notarlo (POTHIER Prescripción nº 37), intromisiones mineras. Adaptemos el ejemplo a nuestro derecho: el poseedor del fundo no es el titular y consiente en las excavaciones (posesión no clandestina); el titular cuando visita el fundo no puede darse cuenta de las excavaciones, pues se conservan en el más absoluto secreto.

Apropiaciones paulatinas de terrenos colindantes. V. DIEZ PICAZO, Lecciones, Dº reales p. 125 nº 112; PUGLIESE. G., Presc. acq., nº 169. En este caso el carácter no público radicaría en la forma paulatina de hacerse la pose-

sión.

Aprovechamientos parciales DIEZ-PICAZO, Lecciones, p. 126.

13) Un caballo que una alhaja: MANRESA, Comentarios, art. 444, IV p. 174.

14) PUGLIESE G., Presc. acq., nº 169.

15) DIEZ PICAZO, Lecciones, cosas, nº 116.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

DE LA PRIMERA PARTE - SECCION SEGUNDA

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- 1) Es muy difícil de precisar el verdadero alcance de el art. 444, en relación con el art. 460, 4º C.c. "Nuestra doctrina con la sola excepción de MARTI MIRALLES, resuelve la cuestión reduciendo casi a la nada el precepto del art. 444" VALLET, Concurrencia de posesiones, Estudios, p.75.

Estas cuestiones tocan el tema de la posesión interdictal, por eso no vamos a tratar de ellos aquí.

- 2) Si la posesión tomada contra la voluntad del anterior poseedor no estuviese en sí misma descalificada para la usucapión por no ser pacífica, tendríamos que admitir que una vez transcurrido el año, posterior al despojo, sin que el afectado recuperase la cosa, aprovecharía ese periodo a la usucapión del nuevo poseedor. Así lo admiten ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p. 116 y 117, VALLET, Concurrencia de posesiones, Estudios, p. 68.

No tiene sentido que el Código Civil, de un lado exija el carácter pacífico de la posesión, y de otro tolere que la que no lo ha sido, pueda conducir a la usucapión por el efecto retroactivo de la subsanación. En nuestro Derecho no se puede dar a ésta alcance retroactivo, ya que el Código exige positivamente que la posesión sea pacífica y la subsanación no cambia el carácter

que, en el tiempo pasado, ha tenido la posesión.

- 3) En la interversión el animus del poseedor superior es tá expresado a través del título que interdelimita las posesiones del poseedor superior e inferior.
- 4) Como afirma GUASP, "Causante objetivo quiere decir que no hay que indagar en el acto de la perturbación o del despojo, la existencia de un ánimo, genérico o específico, de verificar estos actos, y que, aunque no haya conciencia de la perturbación o del despojo, se puede ser causante de los actos que fundamentan el interdicto, sin perjuicio de que esa conciencia trascienda acaso a las consecuencias del fallo, especialmente en lo que respecta a la extensión de la condena" Dº procesal, p.1095, (1956).
- 5) La L. E.C., anterior al Código, no legitima pasivamente para el interdicto a los terceros que no intervinieron en el despojo. GUASP, Derecho procesal, p. 1094 (1956). Mas las dudas se ofrecen: "Mayores dificultades ofrece el problema de la legitimación pasiva en caso de sucesión a título singular hereditario o de otra clase... Según el precepto de la L. E.C., que se examina, la acción posesoria parece asumir carácter personal; por ello no puede oponerse a la legitimación pasiva del sucesor singular del despojante spolii conscius, que es la doc-

trina canónica (para la que la acción tiene carácter real) recogida en nuestro derecho histórico", PRIETO CASTRO, Manual de Dº Procesal Civil, II, p. 69 (1961)
Cfr. De DIEGO LORA, La posesión, II, p. 133 ss.

- 6) La doctrina procesal entiende ampliamente al objeto de los interdictos de retener y recobrar, abarcando a las cosas, muebles e inmuebles, y a los derechos. PRIETO CASTRO; Manual de Dº procesal civil, II, nº 471, p. 69 (1961) GUASP, Dº procesal civil p. 1096 (1956).
- 7) Aunque se considere que la acción derivada de responsabilidad civil, por actos no delictivos (art. 1092 y 1902) obliga a la devolución de la cosa, porque la obligación de reparar el daño causado (art. 1092) comprenda, como en el terreno penal, la restitución (art. 101 C.P.) ello no justifica que por todo el tiempo en que está viva (art. 196 C.c.) conserve la posesión el carácter no pacífico.

La acción de responsabilidad sólo se transmite a los herederos (art. 105, C.P.). Los terceros, aún los de mala fe, no están sometidos a las obligaciones que ella impone. La acción de responsabilidad civil no mira directamente al restablecimiento del orden posesorio, sino a la reparación de la lesión inferida a una persona. La subsistencia de la acción de responsabilidad civil, no hace

a la posesión no pacífica.

- 8) SOLAZI, S. Sulla lex Atinia de rebus subreptis A.J.F.S. Modena, 1953, p.3 ss.
- 9) IGLESIAS, J. Dº Romano, p. 268 (1962) allí bibliografía, JORS KUNKEL, Dº privado romano, parág.75, I p. 192. KASER, Römische Privatrecht, I p. 119-120, Munich, 1955.
- 10) JORS-KUNKEL, op. cit, parag. 75, 3 nota 7, p.193.
- 11) JORS-KUNKEL, op. cit, parag. 77, 3 p. 197.
- 12) JORS-KUNKEL, Dº privado romano, parag. 75, 1, nota 2, p. 192.
- 13) SCHMALGRUEBER, Ius ecclesiasticum, tit XXVI, vol. IV, p. 340, de praescriptionibus, nº 37, Roma, 1844.
- 14) Commentarii, in N.R. Ley 1ª y 2ª, t. XV, Lib. IV, nº 16.
- 15) Códigos, III, p. 93 (1881).
- 16) GUTIERREZ, Códigos, III, p. 93 (1881).
- 17) LA SERNA y MONGALBAN, Elementos, I, p. 615 (1886); GUTIERREZ, Códigos, III, p. 93 (1881).

- 18) v. GUTIERREZ, Códigos, III, p. 63 (1881).
- 19) AZEVEDO, Comentarii N.R. in Ley 5a tit. XV, Lib. IV, nº 16, p. 361, Lugduni, 1737. LA SERNA - MONTALBAN, Elementos, I, p. 615 (1886); GUTIERREZ, Códigos, III, p. 95 (1881).
- 20) La Ley 1a y 2a tit. VIII, Lib. XI, Novísima Rec., según esta sentencia, declara "absolutamente imprescriptible" a las cosas hurtadas y forzadas, derogando a la L. 21, tit. 29, P. 3a.
- 21) "Si alguno tuvo o poseyó alguna heredad o otra cosa... forzada, no se pueda defender por tiempo Nsma. R. ...L. 1a t. VIII, Lb.XI.

"Si alguna cosa fuese hurtada, o alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda a su dueño, cuando quier que se la demandare" Nsma. R. L. 2a t. VIII, Lb. XI.
- 22) Elementos, p. 615-616.
- 23) Caso: ocupación de un terreno para ampliar la muralla de Barcelona, en el S. XVII, (segunda mitad) sin indemnización. Derribo de la muralla por R.O. 1854. Interposición, por el que tenía derecho a esos terrenos indebidamente ocupados, del interdicto de adquirir, con concesión de

posesión sin oposición (1858-1859). Reivindicación del terreno por el Estado: no se admite. Recurso casación: Prescripción: más de treinta años de posesión.

Quizá por no estar probada la mala fe del Estado al ocupar la muralla se aplica la L. 21, t. 29, P. III (in-fine). Notemos que no medió delito.

- 24) AZEVEDO, Comentarii, N.R. in L. V. tit.XV, libro IV, nº 17.
- 25) DIAZ de MONTALBO, Glosa al F.R. Lib. II, t. 11, L. 2a, I, p.281 (a). Madrid, 1781.
- 26) Interpreta, retrospectivamente, en sentido real las PARTIDAS, G. GOYENA. Conc. art. 1949, p.310.
- 27) La SERNA - MONTALBAN, Elementos, p. 615 (1880). También GUTIERREZ. Código III p. 93 (1881).
- 28) La doctrina en el siglo pasado estaba muy inclinada a exigir en la prescripción de treinta años, (en general, fuera o no fuera probada la cosa), la buena fe. La influencia del Derecho Canónico, "obligatorio en el fuero interno y externo", se deja sentir, GUTIERREZ, Códigos III, p. 96. La jurisprudencia en cambio fué vacilante; no entramos en su estudio por tocar el tema de la buena fe. In-

formación en LA SERNA y MONTALBAN. Elementos I, p.616s. nota 1 (1886). GUTIERREZ Códigos III, p. 96 ss. (1881). Se preludiaba ya al Código Civil (art. 1955 y 1959). Parece necesario advertir que la postura que se adopte a propósito de si era o no necesaria la buena fe en la usucapión extraordinaria en aquella época, no debe pre-determinar la que se adopte a propósito del requisito de la buena fe en la posesión de cosas provenientes de delito. Porque en éstas, si no hay buena fe, puede haber complicidad o incluso coautoría del delito.

- 29) La SERNA - MONTALBAN, Elementos I, 616 s. nota. GUTIERREZ Op. loc. cit.
- 30) GARCIA COYENA, Concordancias, art. 1962, t. IV p.321-322.
- 31) Concordancias, art. 1947, IV, p. 308
- 32) Concordancias, art. 1949, IV, p. 311.
- 33) "La restitución deberá hacerse de la misma cosa siempre que sea posible... Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa, con arreglo a lo establecido en las leyes civiles" (art. 116 C.P. 1848. Comp. art. 93 C.P. 1822 y art. 122 C.P. 1870) Y comentaba PACHECO: "Raro será esto, atendiendo al vicio del

crimen que les acompaña; pero no es imposible de todo punto" Código penal, T. I, P. 493-494, nº 7 (1856) 2a ed.

34) PACHECO, Código penal I p. 250 (1963).

34 bis) QUINTANO, Curso, II, p. 250 (1963).

35) Cfr. nº 213.

36) La procedencia delictiva de la cosa mueble influye además de en el campo de la usucapión, en el de las adquisiciones a non domino: el que hubiese sido privado ilegalmente de una cosa mueble podrá reivindicar de quien la posea (art. 464-I, C.c.). Esta temática no interesa en este trabajo. Puede verse un cuadro de los diferentes supuestos en MELON INFANTE: Posesión adquirida de Buena fe, p. 8 ss.

37) Si el tercero es de buena fe y hay justo título, la usucapión será ordinaria (3 años). Si es de mala fe la usucapión será extraordinaria (6 años). Art. 1955 C.c...

El derecho del dueño a reivindicar la cosa tiene como límite la usucapión de la cosa, salvo que en el usucapiente exista responsabilidad criminal o civil.

38) La exención de punibilidad (art. 654 C.P.) no extingue la responsabilidad civil.

- 39) DIEZ PICAZO, Prescripción, p. 235 ss.
- 40) SANTAMARIA, Comentarios, art. 1956, II, p. 1009.
MANRESA, Comentarios, art. 1965, XII, p. 761-762.
REYES MONTERREAL, en Mucius, Comentarios, art.1956, p. 660. Cfr. SOLS, Ensayo prese adge. R.A.P., 1950, p.119.
- 41) Cfr. GUTIERREZ, Códigos, III, p. 52 ss. (1881).
- 42) MARTINEZ MARINA, Ensayo legislación, nº 196.
- 43) Op. cit, nº 196.
- 44) Tutela interdictal, p. 101.
- 45) Es según GUTIERREZ, la "paciencia de su dueño", Códigos, II, p. 564, (1881).
- 46) "Videtur haec lex permittere praescriptionem cum mala fide", Glosa G. LOPEZ.

Jurisprudencia posterior S. 14, febrero y 5 mayo, 1865; 9 julio y 28 octubre, 1870; 18 enero, 1878; 5 octubre, 1882.
- 47) (Ley 18, in fine) tít. 29. P.III.

- 48) DUMAS, Possession en D. can. Dictionnaire Droit Can., VII, p. 45 ss.

- 49) Concilio de BALE: ses. XXI, C. 2, año 1435; Pragmática sanción de BOURGES (ordonnances XIII, 282) año 1438. Ni el Concilio ni la Pragmática fueron confirmados por la Santa Sede. Calisto III: Regla de la Cancillería Apostólica 36, de triennali possessione. Práctica francesa. Información en DUMAS, Op. cit., VII, p. 45 ss.

- 50) De pacificis possessoribus, nº 197. Allí recoge otras opiniones, nº 198 ss.

- 51) v. DUMAS, Op. y Tac. cit.

- 52) POTHIER, Prescripción, nº 38; ^{BARASSI,} Possesso, p. 178, lo interpreta también así.

- 53) POTHIER, Posesión, nº 26.

- 54) PLANIOL - PICARD, Traité pratique, III, nº 155.

- 55) BAUDRY - LACANTINIERE - TISSIER, nº 254.

- 56) PLANIOL - PICARD, Traité pratique, III, nº 156.

- 57) PLANIOL - PICARD, Traité pratique, III, nº 155. Las pertur

baciones de hecho, aisladas, por las cuales haya recibido justicia el poseedor, no impiden que la posesión sea pacífica BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, nº 254; RUGGIERO, Instituciones, I, p. 823; CONSOLO C. Possesso, nº 275.

58) MAZEAUD, Leçons, II, nº 1435.

PLANIOL-PICARD, III, nº 155.

También BARBERO, Sistema, nº 199, I-a.

Parece mantener una posición contraria BARASSI, Possesso, p. 178-179 (1952).

59) No dejan de poseer pacíficamente los que han recibido de la parte actora sucesivos requerimientos tendentes a la restitución de la posesión (S. 26, octubre, 1966).

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

DE LA SEGUNDA PARTE

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1) Y en los casos en que el corpus se espiritualiza (ej. posesión civilísima, transmisión de la posesión mediaa ta, tradición instrumental...) subsiste la posibilidad de restablecer, en algún momento, el contacto con el objeto: El corpus está, entonces, latente.

Al lado del significado que tiene el corpus como exteriorización de la posesión existe otro aspecto, el económico, en el cual nuestro Derecho positivo parece menos interesado, (v. nº 32 ss).

- 2) v. nº 9 y 17.
- 3) Cfr. CASTRO, Negocio jurídico, nº 92, p.72 (Madrid,1967).
- 4) Tomado de las Actas, mes. 17, enero, 1882, Ministerio de Justicia. Por lo que éstas nos muestran, se comprueba que la polémica fué bastante viva. Por su interés vamos a transcribir aquellos párrafos más sustanciales.

El Sr. IGON advirtió "que la inscripción en el Registro no puede en su conpto dar la posesión, porque si así fuese podría suceder que una misma cosa tuviese a un tiempo mismo dos poseedores, el que la tiene materialmente, y el que la inscribe, lo cual no puede admitirse,aña

diendo como por vía de ejemplo que si en una cosa que posee una persona viniese otra pretendiendo la posesión en virtud de la inscripción hecha en el Registro, el poseedor podía resistirle y no reconocer esa nueva posesión".

CARDENAS: La inscripción en el registro puede dar derecho a la posesión, pero no la posesión misma que es un hecho y el hecho puede no existir. En su concepto la inscripción no tiene otra virtud que la de señalar el momento en que comienza a ejercitarse el derecho contra tercero pero no existiendo al mismo tiempo la posesión material y real, no puede darla, si bien una vez obtenida ésta se empezará a contar desde el momento en que se hizo la inscripción. Cree por tanto que no debe figurar la inscripción entre los medios de adquirir la posesión y observa a la vez que falta otro en el artículo, a saber, los actos que tienen por objeto esa misma adquisición. Añadió luego que la inscripción se halla virtualmente incluida entre los actos encaminados a adquirir la posesión y por tanto quedará comprendida en el artículo sin expresarla. Dijo así mismo que es muy exacta la observación del Sr. IGON de que una misma cosa no puede estar a la vez poseída por dos personas y que este principio se halla establecido en algunos códigos extranjeros y convendría establecerlo en el nuestro.

El Sr. GUTIERREZ dijo que a su juicio la inscripción en el Registro debe contarse entre los medios de adquirir la posesión como lo ha dicho el Sr. SILVELA pues lo que hoy sucede en la práctica es que a los medios que antes establecían las leyes para adquirir la posesión como eran la tradición o entrega de la cosa y otros cuyas denominaciones son conocidas, ha sustituido la inscripción en el Registro, a la que por lo tanto no puede menos de concedérsele la fuerza que este artículo le atribuye.

El Sr. LOPEZ LAGO advirtió que la inscripción en el Registro tiene todos los caracteres de un hecho auténtico; a lo que el Sr. CARDENAS observó que como al Registro no concurren a la vez el poseedor antiguo y el nuevo, no tiene la fuerza que se le atribuye.

Dijo finalmente el Sr. SILVELA, que al enumerar los medios por los cuales se adquiere la posesión, y como uno de ellos, no había podido menos de colocar la inscripción en el Registro, porque es indudable que el que acude a este medio al que la Ley atribuye hoy fuerza decisiva afirma su derecho y adquiere la posesión de lo que inscribe, como lo prueba el haberse reconocido que una vez adquirida la posesión real empezará a contarse desde la fecha de su inscripción en el Registro en los casos en que se hubiera acudido a este medio; siendo todo esto a sus ojos tan evidente que salvará su voto si prevalece la opinión contraria y desea que así conste.

- 5) "La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho".
- 6) MUCIUS SCAEVOLA, Comentarios, T. VIII, pg. 280-1, 298-310; MANRESA, Comentarios, T. IV, pg. 122, Madrid, 1931; CASTAN, Derecho Civil, Notarías, II, pg. 408, Madrid, 1951; SANCHEZ ROMAN, Derecho Civil, Derechos reales, III, pg. 454, Madrid, 1900.
- 7) GARCIA VALDECASAS, G. Posesión, p.36 (Granada, 1953).
- 8) GARCIA VALDECASAS, G. Posesión, p.37 ss.
- 9) MANRESA, Comentarios, art. 438, T. IV, pg. 120 a 139, Madrid, 1931.
- 10) Comentarios, T. VIII, pg.272, Madrid, 1948
- 11) Instituciones, Derecho de cosas, pg. 61, Barcelona, 1964.
- 12) Instituciones, Derecho de cosas, pgs. 60-65, Barcelona, 1964.
- 13) La distinción entre modos originarios y modos derivativos de adquirir, que se aplica a los derechos subjetivos (Cfr.

CASTAN, Dº Civil, II, 1º, p.185, Madrid,1964; IGLESIAS, Dº Romano, p.240 ss. Barcelona, 1962), puede extenderse a la adquisición de la posesión. En este campo parece que más que considerar la translatio rei, se debe tener presente si se ha producido la translatio iuris: si la situación posesoria del causante puede aprovechar al adquirente (comp. art. 1960,1º). De ser así la adquisición es derivativa y en caso contrario será originaria, por más que la entrega justifique la nueva posesión.

- 13 bis) Paralelamente G. VALDECASAS: define el interdicto como "acción para realizar y hacer efectivo el derecho de posesión (ius possessionis) en que consiste la llamada posesión civilísima" (La posesión, p. 71, 1953); GUASP, entiende que el interdicto de adquirir "tiene por objeto satisfacer una pretensión de adquisición de la posesión de ciertos bienes" (Derecho Procesal Civil, p.1037,1956). DE DIEGO LORA admite que tiene una doble finalidad este interdicto: en la primera etapa proteger la posesión civilísima, en la segunda "determinar quien sea el verdadero poseedor merecedor de la tutela jurídica, a fin de constituirlo como titular del derecho de posesión" (La posesión I, p. 270 ss).

- 14) Tal cosa puede suceder, pues el ejercicio del interdicto se concede, no al verdadero heredero, sino al que presente un título que induzca a juzgar por heredero al que lo

presenta. En este sentido VALDECASAS, La posesión, p. 72 (1953); GUAP, con dudas entiende que no crea cosa juzgada material, Derecho Procesal, p. 1092.

- 15) Hay dos fases: la sumarísima, art. 1633 Lec., con una investidura provisional, y la sumaria, tras la cual "el juez acordará amparar en la posesión al que la haya obtenido o darla al reclamante que tenga mejor derecho, con todas sus consecuencias, dejando sin efecto la dada anteriormente" (art. 1646 L.E.C.).
- 16) GUASP, sin embargo, parece seguir otra dirección al decir que el "ámbito conceptual de este proceso queda positivamente recortado desde el momento que sólo la adquisición de la posesión fundada en un título mortis causa se admite como justificación del mismo" (Derecho procesal civil, p. 1086) ¿Se refiere también a las reclamaciones que se opongan a la posesión conferida por el Juez al actor en la fase sumarísima? Más explícitamente GARCIA VALDECASAS afirma: "Está legitimado pasivamente además del poseedor que no se opone a la toma de posesión por el heredero, el poseedor que niega al heredero su condición de tal, tanto si pretende ser heredero él mismo ("possessor pro herede") como si carece de esta pretensión "possessor pro possessore". En cambio, no procede el interdicto de adquirir cuando el poseedor

funda su oposición en un título de adquisición distinto e independiente de la adquisición hereditaria (v.gr. compraventa, donación, arrendamiento, etc), pues en este caso el poseedor demandado no discute la cualidad de heredero del actor, sino plantea una cuestión distinta que no tiene cabida dentro del juicio de interdicto, el cual tiene por finalidad resolver provisionalmente sobre la cualidad de heredero y en consecuencia sobre la atribución de la posesión efectiva de los bienes hereditarios" (La posesión, p. 72).

Para De DIEGO LORA en la segunda fase del interdicto se da lugar a la reclamación del poseedor "que se estime con derecho a la protección de la acción de tutela de su posesión, frente a la posesión efectiva otorgada judicialmente en el procedimiento de Jurisdicción voluntaria" (La posesión, I, P. 271).

Sin embargo la ley no hace estas restricciones y habla indiscriminadamente del reclamante que tenga mejor derecho (art. 1646 L.E.C.); por esto, si bien el actor ha de tener un título hereditario, podría bastar que el reclamante, en la segunda fase, presentase cualquier título, incluso no hereditario, que enervase la fuerza del primero. No es necesario que el reclamante sea poseedor.

- 17) Sobre este acto de J.V. vid. GUASP, Derecho procesal civil, p. 1652.

- 18) v. GUASP, Derecho procesal civil, p. 869 ss.
- 19) GUASP, op.cit. p, 871
- 20) Tengamos en cuenta que "en el proceso civil la verdad que se logra es, fundamentalmente, la que resulta de la vigencia del principio de controversia, es decir la que aportan las partes en su diversidad de posturas y de intereses" (verdad llamada formal). PRIETO CASTRO, Manual, I, p. 79 (1962).
- 21) GUASP, Derecho Procesal civil, p. 470 (1956).
- 22) ALBALADEJO, Instituciones, T-2, pág.59, Barcelona,1964; "Según la concepción romana toda adquisición de posesión (incluso en el supuesto de traditio) es originaria. Por el contrario siguiendo las tendencias del Derecho alemán ya en el Derecho común antiguo y después sobre todo en los Códigos modernos se reconoció la transmisibilidad de la posesión..." PLANITZ, Derecho privado germánico, p.160.
- 23) Comentarios, T.IV, p. 125, Madrid, 1931.
- 24) Vid. ALBALADEJO, Op. cit., pág. 59, y por virtud del mismo.
- 25) Después de STROHAL, Succession in den Besitz nach römischen

und heutigen Recht, (Graz, 1885), DUSI, en Successione nel possesso, XX, 1895 p. 73, indicaba que "la tradición, en cuanto transmite sólo el hecho de la posesión no es más que la entrega material, objetiva de la cosa: el accipiens se convierte en poseedor pero de forma originaria y por su actividad..." Pero como valoraba las consecuencias jurídicas del hecho posesorio, como elemento patrimonial no podía menos que reconocer la transmisibilidad del mismo, la cual se produce a través de un específico contrato cuyo cometido es transferir un derecho a la posesión que prevalecerá sobre el del transmitente (información y citas tomadas de DALMARTELLO, Consegna, cap.I, notas 35-36). También FUNAIOLI tras señalar respecto a la posesión concebida materialmente, como actividad humana, que es preciso descartar la idea de sucesión, porque "no puede haber sucesión jurídica ni en el hecho de otro, ni en el contacto físico con una cosa, ni en el animus de una tercera persona", destaca también que "nada impide en abstracto que se pueda suceder en la posesión en cuanto posición y relación jurídica, desde el momento en que se defiende como posesión, la relación o estado de hecho social respecto a una cosa, en relación con terceros". La tradizione, p. 201, (1942).

Pueden verse también RUGGIERO, Instituciones, 1 p. 814-815 (Madrid, 1929); MESSINEO, Manuale, V.II § 77, p. 202 (Milán, 1952); DALMARTELLO, Consegna, p. 1155.

26) Así en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo:

No se puede unir a la posesión adquirida en concepto de dueño, el tiempo de posesión del causante, si ésta era en concepto de arrendatario (S. 8, abril, 1910). No hay unión entre la posesión del adquirente por venta y la de sus causantes, cuando éstos no fueron poseedores a título de dueños (S. 12, noviembre, 1955). La posesión del padre, habida en representación de los hijos menores, nacidos en su primer matrimonio, no puede agregarse a la que en nombre propio disfruta tras su muerte, la segunda mujer, sobre los mismos bienes (S. 9, abril, - 1957): Queda implícito que la unión de posesiones exige que ambas sean en concepto de dueño.

27) Cfr. GENTILE, Possesso, p. 149 ss. nº 133 (1965): Presu-
puestos para la unión de posesiones; posesión del cau-
sante y causahabiente: contigüidad y homogeneidad de la
posesión; título.

27 bis) NUÑEZ LAGOS. Comentarios MUCIUS, Enriquecimiento sin
causa, p.243, 492-493 (1961).

28) Se trata del mismo título que puede constituir la iusta
causa ussucapionis, GENTILE, Possesso, nº 134, p.151 (1965).

29) Fuera de nuestras fronteras la doctrina distingue entre
la successio possessionis y la accessio possessionis.
Cfr. GENTILE, Possesso, nºs. 124 a 134 (1965); MONTEL,

Il possesso, nº 107 (Turín, 1962). Tal distinción se acoge también entre nosotros. ESPIN, Sucesión en la posesión, R.D.P. 1943, p.593 ss.: La successio se apoya en el art. 440 y se refiere a las transmisiones mortis causa; la accessio se basa en el art. 1960,1º y se aplica a las transmisiones inter vivos.

Esta distinción se asienta en dos formalidades distintas de transmitirse la posesión (comp.art.438): la cesión o entrega y la transmisión hereditaria. Mas no se deben radicalizar las diferencias. El art. 1960,1º, parece aplicable a ambas figuras. Se habla por ESPIN de la existencia de una (successio) o dos posesiones (accessio), pero debe tenerse presente en cuanto a la accessio, que más que dos posesiones, lo que hay es dos poseedores. De radicalizarse este argumento de la doble posesión, se podría pensar, que por ejercitarse con hechos diferentes la posesión de un sujeto, no es idéntica a lo largo del tiempo. Cfr. ESPERANZA MARTINEZ RADIO, Sucesión en la posesión, (Madrid, 1960); en Dº romano, HERNANDEZ TEJERO, Dº romano, p. 275 (1959).

30) SANCHEZ ROMAN, Dº civil, T.III, p. 454-455; MANRESA, Com. Cod.civil, art.438, IV, p.125.

31) SANCHEZ ROMAN, Op.cit, T.III, p.454.

32) Adquirida la posesión y purificada de sus vicios (violencia, clandestinidad) puede iniciarse ya la usucapión. Pa-

ra TRAVIESAS, la ocupación es en general un hecho adecuado a la naturaleza de la cosa, que en el comercio social se estime bastante para que se entienda que la posesión queda sometida a nuestra disponibilidad. R.D.P., 1919, p.289.

- 33) IGLESIAS, Dº Romano, p.294 (1962): v. SALEILLES, La posesión, p.117-120.
- 34) v. SAVIGNY, Trat. posesión, § 14. Madrid, 1845, p.112.
SALEILLES, La posesión, p. 21 ss (1909).
- 35) SAVIGNY, Trat. posesión § 14, p.114, Madrid, 1845. En la posibilidad de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa "se contiene el contacto corporal".
- 36) L.VI, tít.XXX, P.III.
- 37) "Aliqui tamen casus sunt, in quibus acquiritur possessio sine corporali apprehensione..." GREGORIO LOPEZ.
- 38) Elementos, p.688, nº 335 (1886).
- 39) v. ESCRICHE, Diccionario, voz posesión, p.1360, col.II.
El propio La SERNA - MONTALBAN, ya que sólo menciona a la ocupación como modo de adquirir la posesión. Elementos, p. 688.

- 40) Elementos, I, p. 688.
- 41) Códigos, II, p. 560 (1881).
- 42) La posesión, p. 111-112.
- 43) MARTIN PEREZ, La posesión, pg. 109-110.
- 44) GOMEZ, Com.ad. Lex XLV Tauri, nº 20 p.364, col.I: no hay causa o título
- 45) v. Cfr. 1ª parte, sec.II, cap.1º.
- 46) vid. el deslinde entre vicios de la posesión y cualidades de la posesión ad usucapionem en 1ª parte, sec.II.
- 47) BRAGADO, El hallazgo, Madrid, 1957.
- 48) ALBALADEJO, Instituciones: cosas, p. 217 (1964).
- 49) Respecto a los bienes inmuebles, recuerda MANRESA el criterio de JHERING: la propiedad sobre esas cosas no se manifiesta en el estado de la cosa misma, sino por actos aislados del poseedor que se repiten periódicamente, Comentarios al Código civil art. 438 p. 126. SAVIGNY, Pose-sión, p. 115 ss. § 15 (1845).

En cuanto a los bienes muebles importa la efectiva

disponibilidad. Por eso se posee el animal caído en el cepo. BARBERO, Sistema, I p. 762 (1965). Vid. también SALEILLES, La posesión, p. 58; SAVIGNY, Posesión, p.117, § 16 (1845).

- 50) MUCIUS ~~tacha~~ al art. 438 de incongruente en su redacción (p. 298): los derechos, entiende, no se pueden ocupar, Comentarios Código civil VIII, p.310 (1948).
- 51) v. CASTAN, Dº Civil, II, 1º p.227-228, (1964); PUIG - BRUTAU, Fundamentos, III, p. 183-184; ALBALADEJO, Instituciones, cosas p.201-202: este autor analiza los argumentos en pro y en contra de la ocupabilidad de los inmuebles.
- 52) Res. D.G.R. 8, julio, 1920 y S.T.S. 12, noviembre, 1956. También CASTAN, y PUIG - BRUTAU, op. y loc. cit.
- 53) Así GARCÍA GOYENA: "Según la ley de 16 de mayo de 1835, la prescripción con arreglo a las leyes comunes excluye las acciones del Estado, y cierra la puerta a sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en dicha ley". FEBRERO - G. GOYENA - AGUIRRE, nº 790.
- 54) S. 12, noviembre, 1956: Caso: Ocupación de inmueble del gremio de cerzcos de Zaragoza, por los herederos del último representante del mismo; se simula una supuesta ad-

judicación en pago por las deudas del gremio satisfechas por el causante, como administrador. Tras la venta del inmueble por sus ocupantes, fué reivindicado por el Estado. El T.S., no da lugar al recurso interpuesto por los ocupantes y sostiene que los bienes inmuebles abandonados no se pueden adquirir por ocupación, pues frente a la ocupación del particular está abierta la reivindicación del Estado, a tenor de la Ley de Mostrencos. Que la ocupación material de los bienes inmuebles, puede servir de comienzo a una prescripción a favor del particular, que una vez completada excluye la reivindicación por el Estado.

- 55) La R.D.G.R. de 8, julio, 1920 concreta el derecho del Estado sobre los inmuebles abandonados, más que en un derecho de dominio en una "facultad de apropiación".
- 56) Ley 16, mayo, 1902, modificada por R.D. 13, junio, 1924 y Reglamento, 3 julio, 1903, respecto a la caza.
- 56 bis) Cfr. DIEZ PICAZO, Lecciones, Derecho de cosas, III, p. 352, nº 309 (Madrid, 1967).
- 57) ALBALADEJO, Transmisión de la propiedad en la compraventa, Estudios, p.145, a 235 (1956).
- 57 bis) Sobre el quebrado Cfr. DE CASTRO, Derecho civil, II, p.

366, Madrid, 1952. Sobre el carácter anulable de los actos del pródigo, y las dudas que suscita el artículo 221 del Código, también De CASTRO, Derecho civil, II, p.347, Madrid, 1952.

- 58) ALVAREZ, La causa en la tradición, p.9: "La tradición es un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar fines múltiples, a saber: cesión de la cosa en préstamo (mutuo, comodato), en custodia (depósito), en garantía de una deuda (prenda) y, en fin, transmisión en propiedad".
- 59) NÚÑEZ ZAGOS, en Mucius, Comentarios, XXX, 2º, p.243.
- 60) Respecto al juego de la Condictio indebiti (D.12, 6, 1, 7, 12) y de la condictio sine causa en la mancipatio, v. U. ALVAREZ, Causa en la tradición, p.38 (1945).
- 61) Max KASER, en: Compraventa y transmisión propiedad, p.10-13.
- 62) Omitimos un estudio exhaustivo de estas cuestiones porque ni constituyen tema central de la posesión ad usucapionem, ni son cuestiones de Derecho civil actual. A título de información véase ALVAREZ SUAREZ, U. El problema de la causa en la tradición, especialmente p.24 a 42; KASER, M. Compraventa y transmisión de la propiedad en el

Dº romano y en la dogmática moderna, Valladolid, 1962;
De los MOZOS, La doctrina de SAVIGNY en torno a la transmisión del dominio, R.G.L.J, julio-agosto 1967, (separata). D'ORS, Elementos Dº priv. Rom. § 98 p.125 (1960); IGLESIAS, Dº Romano p. 265-266 (1962), allí bibliografía más abundante nota 256; ARIAS-RAMOS, Dº Romano, p.230 nota 287 (4ª ed.); JORS - KUNKEL, Dº Privado romano, p.181-184, trad.española (1937); SOHM, Instituciones Dº Priv.Romano, trad. esp.p. 262-263 (1928). SERRANO, Justa causa traditionis, R.C.D.I. nº 119 y 120. FELGENTRAEGER, F.C. SAVIGNY Einfluss auf die übereignungs lehre, 1927, (citado por LARENZ, Obligaciones, II p.27 nº 6).

63) KASER, op.cit. pg. 15. Es de destacar el carácter típico del hecho jurídico negocial, causa de la traditio, JORS-KUNKEL, Dº Priv.Romano, p.182 (1937). Pero las iuste causal no estaban disciplinadas positivamente, IGLESIAS, Dº Romano, p. 266.

64) v. KASER, op.cit. pg, 16-21.

65) KASER, op.cit. pg. 23.

66) KASER, Compraventa y transmisión de propiedad, p. 26-27; también JORS-KUNKEL, Dº Priv.Rom. p.184.

67) Sobre el origen del sistema francés v. BETTI, Crítica de

los sistemas de transmisión, Primer Congreso de Derecho Registral, p. 329s; CARBONNIER, Dº Civil, II, nº 40 p.124 ss; PLANTOL-PICARD, III, 1619; RIPERT-BOULANGER, I, 2889. El cambio de sistema fué introducido en Francia por el Código de Napoleón, pero ya antes los autores de la escuela de Derecho Natural (GROCIO, PUFFENDORF... y contra ellos POTHIER) habían sentado las bases doctrinales, al propio tiempo que la práctica francesa estaba en condiciones de acogerlo. Aunque antes del Código francés subsiste la tradición, ésta se fué espiritualizando (cláusula dessaisine- saisine) v. POTHIER, Trat. propiedad nº 208 a 213.

- 68) Leçons, T.II, p.1292, sobre el valor del sistema francés PLANTOL-PICARD, III, nº 625. También LARENZ, obligaciones II, p. 32.
- 69) Sobre las diferentes corrientes de los textos, vid.KASER, Compraventa y transmisión de propiedad, pg.26.
- 70) Sobre la evolución del pensamiento de SAVIGNY, vid. Ursicino ALVAREZ, Causa en la tradición, p.54 ss. Sobre el negocio abstracto en SAVIGNY, Cfr.CASTRO, Negocio jurídico, p.293-, nº 357. De los MOZOS, La doctrina de F.C.von SAVIGNY en torno a la transmisión del dominio, R.G.L.T., julio-agosto, 1967 (separata).

- 71) vid. WINDSCHEID Pandette, I, p. 610 ss. (Torino, 1930).

Para este autor, no basta la declaración "inter vivos" referida a la obligación de transmitir la propiedad. El traspaso presupone un contrato de transmisión de la propiedad, que debe revestir una cierta forma, la entrega de la cosa. Sobre los defensores e impugnadores de la teoría de SAVIGNY, Cfr. U. ALVAREZ, La causa en la tradición, p.58, nota, 26.

- 72) Sobre esto vid. WOLFF-RAISER, Sachenrecht, p.233s. (1957), WOLFF, Derecho de cosas, p.III, 13 p.385s. (1944), HEDEMANN, Derechos reales, VII, p.162 ss. (1955). KÄDER Compraventa y transmisión propiedad, p.33 s. (1962); LARENZ Obligaciones, II, p.19 a 36; DE CASTRO, Negocio jurídico, p.293, (1967).

Según LARANZ el sistema alemán está regido por dos principios: separación y abstracción (op.cit.p.36). La doctrina, desde STROHAL (1887), pasando por BECHMANN; HECK (1937); LANGE; NOLTE; LOCHER (1942); BRANAT; KRAUSE; HUBNER, ha dirigido sus críticas al sistema (v.LARENZ, Oblig. II, p.30). El propio LARENZ critica el principio de abstracción porque supone una defectuosa protección del vendedor y por no ser necesaria para la protección del tráfico (obligaciones, II, p.33-34). Propone un sistema similar al nuestro (p.34).

Sobre la crisis del sistema abstracto, ALVAREZ, U. La causa en la tradición, p.27ss.; DE CASTRO, Negocio jurídico

co ⁶ 361 p.295.

- 73) "La tradición exigida para consumir la venta de una cosa, consiste en la transmisión de la posesión del dominio de dicha cosa" VALLET, Estudios, p.34, nota 50.
- 74) L.46, tít.28, P.III.
- 75) HEINECIO, advertía la necesidad de causa "en la tradición: ut non transferuntur dominium, si eiusmodi caussa desit", Elementa, p.128, apartado 360 (editio prima hisma, ad usum studiosae inventutis, Compluti, 1808).
- 76) Comprobamos esta afirmación en FEBRERO, G. GOVENA, AGUIRRE, I, nº 739 (1852). "En toda adquisición concurren además título y modo o lo que es la mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro..." (álu de a excepciones: hipoteca, servidumbre negativas, adjudicación en juicio divisorio y de la herencia).

También en GOMEZ de la SERNA, "para que la tradición... transfiera la propiedad al que la recibe, es menester que vaya precedida de una justa causa, esto es, de un acto legal que sea la base del derecho que se adquiera, o por lo menos de un hecho por el cual se manifieste la intención de transferir el dominio", Elementos I, p.604, nº 162 (1886).

GUTIERREZ ofrece mayores dudas, porque no se plantea la cuestión directamente. Cuando trata de ella, es a propósito del error en el título, y parece dar por su puesto que es necesaria la existencia de causa para la eficacia transmisiva de la tradición. Así dice: "El error en el título perjudica a la tradición por falta de armonía entre los contrayentes, si el uno entrega la cosa por un título no traslativo de dominio, y el otro cree recibirla por un título de esta especie, no si los títulos fueren diversos, pero reuniendo ambos la cualidad de traslativos del dominio". Códigos, III, p.45 (1881).

77) LACRUZ, Pago de lo indebido, Temis IV (1957), p.16-17.

78) Instituciones, I, p. 409 (1959). (1959)

79) J. GONZALEZ, Principios hipotecarios, p.89 (1931).

80) NÚÑEZ LAGOS, Enriquecimiento sin causa, p.53 (1934).

81) NÚÑEZ LAGOS, Op.cit. p. 54.

82) NÚÑEZ LAGOS, Op.cit. p. 53.

83) NÚÑEZ LAGOS, Op.cit. p. 60-61.

84) PEREZ y LAGUER, notas a trad. Enneccerus, III, 12, p. 391.

85) Op.cit. III, 12, p. 390.

86) DE CASTRO, Negocio jurídico, p. 34.

86 bis) Sobre la naturaleza de la entrega pueden consultarse:

FUNAIOLI, Carlo Alberto: Tradizione, cap. IV, p. 213 ss.

(Padua, 1942). Este autor rechaza la tesis negocial: La tradición no es un negocio jurídico, sino un acto jurídico bilateralmente causal".

DALMARTELLO, Arturo: La consegna de la cosa, nº 3 y 4, p. 4ss. el cual clasifica a la doctrina en: Partidarios de la concepción negocial (DUSI; VIVANTE; TARTU-
FARI; LUZZATTO; RAVA; TRABUCCHI; BARBERO; RUBINO, en su obra Il negozio giuridico indiretto, Milán, 1937) y Partidarios de la concepción no negocial (BARASSI, SIGLIANI, MESSINEO, CANDIAN, RUBINO, CORRADO, FUNAIOLI). La postura de DALMARTELLO parece inclinada a la concepción negocial (Op.cit., p. 10-11).

87) PEREZ-GONZALEZ y ALGUER, notas al trat. de Enneccerus, III, 12, 391.

88) Mantienen la tesis causalista, respecto a la entrega entre otros Ursicino ALVAREZ, para quien esa es la postura que adopta el Código Civil, La causa en la tradición, p. 111,

- ss.; LACRUZ, Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad, Rev. Teuris, 1957, nº 2, especialmente p.18 a 21. NÚÑEZ LAGOS, rectificando viejas posturas, en: Causa de la traditio y causa de la obligatio, R.C.D.I., 1961, p.573 ss.; CASTAN, Dº civil, II, 1º p.234-235 (1964) y muy recientemente abunda en esta idea De CASTRO, Negocio jurídico, en donde sostiene la "dependencia de la adquisición de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes hacia su título" (art.609(, p. 297.
- 89) Sobre la naturaleza del pago en general vid. LARENZ, Obligaciones I, 409 ss.
- 89 bis) Una justa exposición en CASTRO, Negocio jurídico, p. 329 a 456.
- 90) v. LACRUZ, Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad, Temis, 1957, 2º, p.11. Cita en esta dirección Ss. T.S. 22, diciembre, 1903; 5, mayo 1931; 4, marzo, 1936; 18, abril, 1941; 3, diciembre, 1930.
- 91) Posesión de buena fe, p.86, (1957); en la misma dirección cita a JORDANO BAREA, Heredero aparente, A.D.C., III, 1950, p.706.
- 92) Buena fe, inscripción y posesión, Estudios, p.198, nota 13

- 93) BELTRAN DE HEREDIA, Cumplimiento obligaciones, p.205 (1956).
- 94) Pago de lo indebido, p.18 a 21.
- 95) Derecho inmobiliario, p.167 (1957).
- 96) Instituciones, cosas, p.102 s. (1964).
- 97) LA LAGUNA, Naturaleza de la donación, R.D.P., Abril, 1964.
p.285.
- 98) Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral, p.167-168
(1957).
- 99) LACRUZ, Lecciones de Dº Inmobiliario, p. 167, (1957).
- 100) Así es en el Derecho Alemán, v. LARENZ, Obligaciones, II,
p. 19; p. 37 a 43.
- 101) nº 341 y 344 ss.
- 102) LACRUZ, Lecciones de Dº Inmobiliario, p. 167 (1957).
- 103) LACRUZ, Lecciones Dº Inmobiliario, p.168; Cfr. ROCA SAS-
TRE, Dº Hipotecario, 5ª ed. I, p.163.
- 103 bis) Cit. por NUÑEZ LAGOS, en Mucius Scaevola, XXXII, p.242
(1961).

- 104) Fundamentos, t.II, v.II, p.168-169 (1956).
- 105) Puede verse CANDIL, Pactum reservati domini, que lo considera como una "convención de garantía de uso corriente en el contrato de compraventa, por la cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta el íntegro pago del precio", p.166. El mismo PUG BRATAU, entiende que "el vendedor entrega la cosa al comprador para que éste la use normalmente, pero el primero retiene el título de propiedad hasta el pago total del precio convenido", en Fundamentos, t.II, v.II, p.168. También sigue esta corriente CASTAN, Derecho Civil, t.IV, pág.99 ss (1961) y ampliamente en nuestra jurisprudencia, v. entre otras S. T.S.10, enero, 1929; 11, marzo, 1929; 15, marzo, 1934; 10, junio, 1958). "Consiste en una estipulación expresa de las partes, por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiera al comprador mientras no se realice el pago total del precio, viniendo a constituir simplemente una garantía del pago" (S. T.S. 15, marzo, 1934).

En el Código Civil italiano de 1942 se afirma: "Nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo..." (art.1523). v. BARBERO, Sistema, t.II, p.308-310, quien no niega este efecto del pacto.

Parece conveniente observar a este respecto que la propiedad que reiteradamente se dice conservada por el vendador está limitada por el uso y disfrute de la cosa que

corresponde al comprador (por derecho propio), como se destaca en S. 10, junio, 1958; por eso no parece adecuada la calificación de precarista que le otorga esta sentencia así como tampoco la de mero tenedor (S. 10, enero, 1929) o poseedor material (S. 11, 3, 1929). De otro lado se destaca la obligación personal del comprador de no transferir a otro la cosa (S. 10, junio, 1958), con lo cual tampoco podemos pensar de un pleno traspaso al mismo de la propiedad. Es sin duda muy importante para la solución de este problema, considerar el propósito de las partes, cual es conseguir una garantía real para el pago del precio, y cómo el mismo puede lograrse, sin acudir a un medio tan desproporcionado, como la retención del dominio por el vendedor.

- 106) La garantía del vendedor para cobrar el precio es doble: de un lado conserva la acción reivindicatoria, de otro la acción del contrato para el pago del precio, v. SZAMEX, L. Réserve de propriété (1933), p.127.
- 107) En otras sentencias se ha buscado el fundamento de este pacto en la libertad de contratación que impera en nuestro Derecho, recogida en el artículo 1255 C.c. (S. T.S., 10, enero y 11 marzo, 1929).
- 108) v. S. T.S. 15, marzo, 1934; CANDIL, Pactum reservati domini, p.171.

- 109) Comentarios, T.XXIII, p.450, Madrid,1906.
- 110) El origen del texto está en DOMAT (L.10, tít.2, sec.2, ap.10), para quien la entrega ha de concurrir en la transmisión del derecho. Influye en el art. 1504 C.c. francés, 1387, P.1851, de donde pasa al nuestro.
- 111) RIBERT-BOULANGER
Traité pratique, X p.74-75, (1956).
- 112) L.47, tít.28, P.III.
- 113) L.47, t.28, P.III.
- 114) L. 6, tít.30, P.III.
- 115) Instituciones, p.263, (1962).
- 116) La tradición de fundos se realizaba, hasta época avanzada, introduciendo solemnemente el enajenante al adquirente en la finca: el predio era recorrido (glebas circumambulare, Paulo, D.41,2,3,1) y el primero mostraba al segundo los linderos (fines demonstrare, Cic. pro Tull, 17; Alfeno, D.21, 2, 45; Scév..., D. 19,1,48; Alej. S.v.C. 8,44,10) y le manifestaba que "cedía" su posesión (cedere, Jul.,D.41, 2,38,1) y la entregaba a él (vacuam possessionem tradere, fundum patefacere). Está por averiguar si todas estas formalidades fueren necesarias. Por lo menos en el Derecho clá

sico sabemos que el procedimiento era más simple. Al principio parece que se exigió la entrega de la posesión sobre el mismo fundo, aunque no era necesario recorrerlo, sino que bastaba con pisar sobre el lindero (pedem finibus inferre: Celso, D.41,2,18,2; parten fundi introire: Paulo, ibídem, 3,1); en opinión de Celso (ibídem), era suficiente que el enajenante mostrara la finca al adquirente desde una torre vecina y declarase que le entregaba la vacua posesión; y más tarde se estimó incluso que no era necesario estar cerca del fundo, sino que bastaba con que el enajenante cediera la posesión en cualquier lugar y que después el adquirente tomara por sí posesión del predio (Marcelo, D.43,16,12; Pap., D.41, 2, 48; D. 43,16,18, pr.; Ulp. D. 41,2,34 pr.). JORS-KUNKEL, Derecho privado, rom., p.164-165 (1937).

117) Elementos, T.I., p.599, (1877).

118) Códigos, Tom.II, p.509, Madrid, 1868.

119) ALBALADEJO, Instituciones, T.II, p.101, Barcelona, 1964.
"Se trata, no de un acto simbólico... sino de que con tales llaves en nuestro poder, las cosas almacenadas, o guardadas quedan bajo nuestra disponibilidad y señoría inmediato". Cfr. S. 19 junio, 1945.

120) Cit. en la Glosa de GREGORIO LOPEZ, Ley 7, tit.30, Part.3ª.

- 121) Elementos, I, 599, Madrid, 1877.
- 122) Códigos, II, 509, Madrid, 1868.
- 123) Elementos, I, 599, 1877. Tampoco especifica FEBRERO-GARCIA GOYENA, I, 174, nº 776 (1841).
- 124) Sobre títulos de tradición puede verse: GARRIGUES, Curso p.575 a 578; ASCARELLI, Il concetto di titolo di credito, Milán, 1932; M. RAVA, Tito, Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei Diritti, Milán, 1936; VIVANTE, Tratado Derecho Mercantil, III, 1936, p.171-174, nº 988; FERRI, Manuale di Dto.Com. 2ª ed. 398; FERRARA, Lezioni di Dto. Com., nº 220; LUZZATTO, Compravendita, nº 200; ROBLES Los títulos de tradición en el Dº español, R.D.M., 1947, IV, p.191. .
- 125) GARRIGUES, Curso, I, p.575 (1962).
- 126) v. ROBLES, Títulos de tradición, p.216 ss.
- 127) FERRI, Manuale nº 371
- 128) Op.cit. p.577.
- 129) Sobre ella GARRIGUES, Op.cit. p.578.

- 130) Con tres partes: Matriz, que queda en poder de la entidad depositaria, resguardo que acredita el depósito y resguardo de garantía o warrant (art.16,II).
- 131) SANCHEZ DEL RIO, R.T. nº 12, año, 1962, p.79 a 107.
- 132) IGLESIAS, Derecho Romano, p.250, 1958.
- 133) Derecho privado romano, p.165 (1937). Sobre esta materia véase ALBERTARIO, Corso: possesso, p. 99-105. En el desarrollo de esta materia seguimos bastante a este autor.
- 134) Puede verse bibliografía en IGLESIAS, Instituciones.
- 135) ALBERTARIO, Corso: possesso, p. 99. En este mismo autor y obra pueden verse citados y comentados los textos romanos (p. 101 ss.) También este autor en Possessio pro suo, Stud. Dto. Rom.II p.185 ss.
- 136) vid. Inst. Der. priv. rom. p. 261, Madrid, 1928.
- 137) Der. priv. romano, p. 167, Barcelona, 1937.
- 138) JORS-KUNKEL, Dº priv. rom. p. 167. El primer testimonio se refiere al procurador (D.41, 2, 18 pr.) ALBERTARIO, Corso: possesso, p.100.

- 139) ALBERTARIO, Corso, possesso, p. 104-105
- 140) Cfr. ALBERTARIO, Possesso pro suo, p. 202.
- 141) vid. ALBERTARIO, Corso, possesso, p. 105-106, 1946.
- 142) LEVY, West Roman Vulgar Law p.147
- 143) Compraventa y transmisión propiedad, p. 24, Valladolid, 1962. Aquí señala como el Derecho vulgar llega a ser la forma de manifestación del Derecho romano en el Imperio de Occidente y tras la caída de éste en el s. V, influyó en los reinos visigodos.
v. IGLESIAS, Derecho Romano, 250, (1958), CABRAL DE MONCADA, Estudios, I p. 9 a 36; MEREA, Estudios, p.79 (1948).
- 144) MAX KASAR
Compraventa y transmisión de la propiedad, p. 23. Puede verse sobre esto LEVY, West Roman Vulgar Law. The Law of Property (Philadelphia, 1951), p. 127 ss. y KASER, Röm. Privatr. II, 197 ss. (cit.KASER: comprav. y transm. prop. p. 23). También GALLO, Filippo, Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite, Turin, 1964 (al final 1965) Aún sin editar ALVAREZ SUAREZ, U. El documento en el Derecho Romano (Periodos antiguo y clásico) Centenario Ley Notariado, V.I.-3.
- 145) Tienen importancia para aproximar (aparentemente) el sis

tema romano al consensual francés la trad. brevi manu (v. D.41, 1, 9, 5) y el constituto posesorio. Si en un principio la permisión de reserva de usufructo fue una cierta deferencia hacia los donantes, con el tiempo se generaliza y es una ficción para lograr por el sólo consentimiento la entrega (v. OURLIAC - MALAFOSSE, H. Droit privé: biens, p.269; ALBERTARIO, Corso: possesso, p. 104-105, MEREA, Estudos, p. 69 ss (1948).

- 146) OURLIAC - MALAFOSSE, Histoire du Droit Privé, les biens, p. 270. La insinuación en las donaciones parece estar de terminada por la naturaleza gratuita de las mismas, categoría de actos que siempre ha ofrecido sospechas a los juristas. vid. C. Th, 8, 12, 3; Fr. Vatic.249; C.8, 53, 31; Nov. Just. 167, v. III, (citas de este autor p.270, con arreglo a las ediciones que señala en la p.VII-IX). Según ARANGIO RUIZ, Diócleciano aún destacaba con firmeza que la tradición de documentos no podía sustituir a la verdadera (v. FUNAIOLI, La tradizione, p.40). "El Derecho romano había considerado el acto escrito como un simple medio de prueba; el Derecho vulgar en cambio le había considerado como algo más que eso, viendo por fin en el documento representado y materializado el propio derecho que constituía su objeto" CABRAL de MONCADA, A traditio e a transferencia da propriedade, en Estudos Coimbra, 1948, p.9. (traducción tomada de NUÑEZ LAGOS, Hechos y derechos, p.153).

- 147) vid. OURLIAC - MALAFOSSE, H. du Droit Privé: les biens, p. 277. Allí cita sobre el tema abundante bibliografía.
- 148) Esta hipótesis que señalamos para explicar la generalización de la traditio cartae no debe considerarse la única causa del auge del documento en el último periodo del Derecho Romano. El periodo de inflación del documento es el último del Derecho Romano por las influencias Bizantinas que pesan sobre él (v. FUNAIOLI, Tradizione, p.42)- Entonces los documentos privan y además del constituto recogen en ocasiones testimonios de una entrega que no llega a hacerse (ARANGIO - RUIZ, en FUNAIOLI, Tradizione, p.44). RICOBOBONO ha destacado en este fenómeno una mayor valoración del consentimiento frente a la tradición, porque en el Derecho griego tenía la eficacia de ésta la declaración del enajenante contenida en un documento con caracteres oficiales, Zeitschrifts der Savigny, 33 p.263 (cit. FUNAIOLI, Tradizione, p. 44). En cambio para BONFANTE es un resultado de la evolución histórica de la figura (v. FUNAIOLI, p.45).
- 149) v. FUNAIOLI, La tradizione, p. 47.
- 150) v. PLANITZ, trad. Melón, p.168.
- 151) Así CABRAL DE MONCADA Traditio; Estudos, p.4-5 (1948). GARCIA GALLO señala el predominante influjo romano en el

Liber Iudiciorum, Manual de Ha del Dº, § 118. Madrid, 1959).

- 152) No voy a analizar con detenimiento la evolución de las fuentes hispanas, pues este trabajo no pretende ser histórico. Me limitaré a las más caracterizadas, pero en mi propósito de informar, intentaré dar noticia sobre algunos trabajos en la materia.

Entre nosotros ha estudiado este tema RUBIO, José Antonio, en Transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval, AAMN, VII, p.353 ss. Estima RUBIO que el artículo 1473 C.c. es un eco del Frag. Paulo 5,12,4. En cuanto a las donaciones, entiende que el Derecho visigodo se separa del romano por no acoger la insinuatio, y por el uso común de la escritura o documento en las mismas (p.361). En cuanto a la compraventa afirma: "El capítulo 286 del Código euriciano establece en forma alternativa dos modos igualmente válidos de celebrar la compraventa y consiguiente adquisición del dominio de la cosa comprada. El uno consiste en la redacción y entrega de la escritura, respecto al cual creo que ha quedado suficientemente probado que no tiene correspondencia en el Derecho romano de finales del siglo V; el otro en celebrar el negocio ante testigos que presencien el pago del precio" (p.366). En el Derecho postvisigótico, la compraventa per cartam no exige tradición corporal (escrituras s.X, XI, XII) (p.367-368). Con la recepción del Derecho

romano, en el siglo XIII, por influjo de la Escuela de Bolonia, renace la tradición corporal, pero se cree además necesaria la redacción y entrega de la escritura (p. 368). En el Derecho visigótico la entrega del documento podía hacerse sin acto formal y solemne (p.370).

NÚÑEZ LAGOS ha prestado también su pluma para estas cuestiones que resultan tratadas en "El documento medieval y Rolandino" Madrid, 1951; y en "Hechos y derechos en el documento público" Madrid, 1950. Las opiniones de este autor han ilustrado fundamentalmente nuestro desarrollo de la cuestión. Ahí tendremos ocasión de comprobarlas sistemáticamente. También GARCIA GALLO, Historia del Derecho español, t. I, p.398, nota 7 (1943). El mismo RUBIO en "Donationes post obitum y donationes reservato usufructu" ANDE, t.IX, p.17.

El tema ha sido también de la predilección de los autores portugueses y bajo estas rúbricas se encuentran los nombres de MERÊA, Paulo y CABRAL DE MONCADA, L.

Para CABRAL DE MONCADA, en: A "traditio" e transferên-
cia da propriedade imobiliária no direito português (Estu-
dos de História do Direito, vol.I, p.1 a 36, Coimbra 1948),
considera la Lex Wisigothorum, separada de los sistemas
germánicos y del romano prejustiniano, de traditio solo
consensu; Está inspirada en la compilación justiniana
(p.4-5). En cuanto a la traditio per cartam, Este autor ha
considerado que la influencia del Derecho romano vulgar se

deja sentir en este aspecto en la práctica portuguesa de los siglos XI - XII (p. 11 ss.) y en el siglo XIII (segunda mitad) con el resurgimiento de las costumbres bárbaras y la recepción del Derecho justiniano, se vuelve al sistema de la tradición corporal-simbólica. La "traditio" se desdobra en dos actos: El primero consiste en la voluntad de abandono, el segundo en la apropiación o investidura por el propietario o su representante. En la investidura se emplea un símbolo de la cosa (piedra, llaves) y esta forma de "traditio" simbólica substituye, a partir de esta época, a la entrega de la carta (p.17,19,26).

MERÊA en su trabajo A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico, "Estudos de Direito visigótico", Coimbra, 1948, tras recordar cómo CONSTANTINO fijó el formalismo de la donación corporal, (no era necesaria la entrega entre padres e hijos), recuerda que al lado de las manifestaciones de la presencia en Occidente de la tradición corporal, se observa una simpatía creciente a la valoración de la donación con independencia de la tradición (p. 69). La retentio ususfructus, medio práctico de eliminar la entrega material, se intentó infructuosamente cortar por HONORIO y TEODOSIO (p. 70). Consecuencia de esta situación es la confusión entre causa y tradición, entre donare y tradere (p. 71). Se analizan después las fuentes visigodas, concluyendo que éstas permiten

hacerse idea de la última fase de desarrollo del Derecho romano: Persiste la traditio, pero al lado de la entrega de la cosa, en especial para los inmuebles, existe la donación per cartam (p. 79).

Este mismo autor, en otro trabajo "Sobre a compra a venda na legislação visigótica" publicado en AHDE (1945) y reproducido en Estudos de Direito visigótico, Coimbra, 1948, refiriéndose a este contrato y dentro del Derecho visigótico, reconoce ser bastante la escritura para tener por efectuada la traditio (p. 104).

El mismo MERÊA, en sus Estudos de Direito hispânico medieval, Tomo I, Coimbra, 1953, inserta otro trabajo titulada: A traditio cartae e os documentos medievais portugueses, Estudos, p.113 ss. Aquí distingue la traditio cartae y la traditio per cartam. La primera "tiene como objeto el documento (completo o incompleto) y sus efectos pueden ser muy diferentes: puede tratarse de una enajenación, de una constitución de obligación, de manumisión de un siervo, etc. Es el elemento esencial de la documentación y como tal es un elemento esencialmente formal. La traditio per cartam es la traditio de una cosa hecha ficticiamente por medio de la entrega del documento al adquirente y su efecto es la transmisión de la propiedad" (p.115-116).

Pueden consultarse también: BRANDILEONE: CHECCHINI, La traditio e il trasferimento della proprietà immobiliare nei documenti medievali, Padua, 1914; RASI, Il documento e la

traditio cartae nel periodo longobardo, Pavia, 1946;
STEINACKER, Traditio cartae und traditio per cartam als
Kontinuitätsproblem, (Archiv. f. Diplomatik, 5-6, 1956-
60, 1, ss.).

- 153) A Traditio e a transferência de propriedade imobiliária
no direito português. Estudos. Coimbra, 1948, p.5. En con-
tra MERÊA, para quien la traditio persiste, en el senti-
do de que los simples acuerdos entre donante y donatario
no producen efectos jurídicos; pero al lado de la entre-
ga de la misma cosa, se admite, especialmente para los
inmuebles, la donación per cartam "Adoação "per cartam"
no direito romano vulgar e no direito visigótico". Coim-
bra, 1940, p.17. (La última cita en NUÑEZ-LAGOS, Hechos y
derechos, p. 151-154).
- 154) OURLIAC - HALAËOSSE, Histoire Droit Privé: biens, p, 325.
- 155) Edición R.P. benedictino Luciano SERRANO (1910).
- 156) Más información NUÑEZ LAGOS, Hechos y Derechos, p.154-157.
Esta decadencia se acusa en Portugal hacia el S.XIII, V.
CABRAL de MONCADA, Estudos, Coimbra, 1948, t.I, p.11.
- 157) "Como el Escribano es tenído de dar la carta al que la
debe haber: si no fuere mandado por el Alcalde, que no
la dé".

"Después que el Escribano público hiciere la nota de la carta, (DE) a la parte que la hubiere de haber, e non la de e de facer maguer la otra parte gelo defienda, mas si la parte que lo contradixere, mostrare alguna razón ante el Alcalde: porque la otra parte no debe haber la carta, y el Alcalde gelo defendiere no gela dé" (Libro I, tít. VIII, Ley 6a) (edo. Códigos españoles, Madrid, 1848: En lo que está entre corchetes no concuerda con la cita de NUZ. LAGOS, en Hechos y Derechos, p.158). Se reiteran estas ideas en las Leyes de TORO, L.XVII y L.XLIV.

- 158) GREGORIO LOPEZ las resume así: "Per traditionem literae emptionis vel donationis rei, vel faciendo literam novam: et tradendo talem literam emptori, vel donatorio quaeritur possessio literam recipiente".

J. GONZALEZ destaca vestigios germánicos en la entrega de la nueva escritura (huellas de la investidura), La trad. en los instrum. p.15, (separata). Parece que es más bien un fenómeno presente ya en Derecho Romano vulgar (v. antes).

- 159) Más fuerte esta idea se destaca en el resumen de la Ley "como gana ome la tenencia de la cosa por la carta que le dan de ella".

- 160) Concordancias, art.1385, III p. 377 (Madrid,1852).

- 161) Antonio GOMEZ, in Leg. Tauri, 45, pas.56,57.
- 162) COVARRUBIAS, *Variae Res. Lib.3o, Cap.16, n^o 12* (cit. LLAMAS MOLINA).
- 163) LLAMAS MOLINA, Comentario Ley 17 de Toro, n^o 27,I. p. 323 (Madrid,1853).
- 164) LLAMAS MOLINA, Com. L. 17 de Toro, n^o 27.
- 165) In Leg. Tauri, 45, pas. 56-57.
- 166) "Hodie tamen aperte istud corrigitur per leg. nostri R. imo, quod sufficiat traditio instrumenti novi praesentis alienationis". GOMEZ, L. 45 Tauri, n^o 57.
- 167) "Ut illa lex non obstet (se refiere a la armonización entre las Partidas y el Derecho común)... dum dicit: o faciendo otra de nuevo y dandosela, intelligatur, quando antiqua scriptura vel tituli sit deperdita, vel consumpta vel cancellata, et sit de novo refecta ex hoc vel ex alia justa causa..." (GOMEZ, L. 45 Tauri, n^o 57).
- 168) In Leg. 45, Tauri, n^o 78.
- 169) Escritura de venta s.XVII "... y desde aora en adelante perpetuamente me aparto de el derecho de possession, pro

piedad y otro cualquier que tenía a la dicha cosa, y lo renuncio en el dicho comprador, y le doy poder cumplido, según se requiere, para que por su autoridad, o de justicia, tome y aprehenda la possession de ella, y la vea da, enagene y disponga a su elección, y desde luego la doy por tomada, y por possession real le entrego esta es critura y en el entretanto que no la tomare, me constituyo por su inquilino y me obligo..." Cit. NÚÑEZ LAGOS, Hechos y derechos, p. 166.

- 170) vid. NÚÑEZ LAGOS, Hechos y derechos, p. 164-167.
- 171) Sobre la importancia que tuvo la cláusula dessaisine-saisine. v. J. GONZALEZ, Tradición de fincas, p.17.
- 172) Pese a ello a veces se sigue pactando el constituto en la escritura. Así, en el supuesto de hecho de la S.20-12-1899, se pactó, en Escritura de 1852 una venta, constituyéndose en arrendatarios los vendedores. Quizá las partes estaban interesadas en pactar el arrendamiento, por él mismo, y no como medio de eludir la entrega material, pues si de esto se tratara hubiera sido más cómodo el expediente del constituto abstracto, por entonces no sólo permitido (L.q. tit.XXX, Part. 3a) sino generalizado según GARCIA GOYENA.
- 173) En teoría se trata sólo de una aproximación, porque el otorgamiento de la escritura significaría un nuevo consentimien

to no referido a la transmisión posesoria y sin un contenido específico (pues el deseo de llenar el modo transmisivo es muy inconcreto): Tal consentimiento tendería a confundirse con el contractual (título), y con infracción del 609, C.c., estaríamos importando el sistema transmisivo francés o de independizarse del título contractual, guardaría rasgos muy parecidos al negocio transmisivo del Derecho alemán: la abstracción aquí no sería nota dominante. Para comprender mejor lo dicho, vid. LACRUZ, Derecho Inmobiliario Reg. p. 167, (1958).

- 174) En términos generales importa la solución para poder negar o afirmar la vigencia de la teoría del título y el modo en nuestro sistema.

De otro lado la cuestión ha atraído a los hipotecaristas, Cfr. LACRUZ, Derecho Inmobiliario Rg. p. 168 (1957) Los hipotecaristas que no siguen esta dirección, como ROCA, y no obstante entienden que "la tradición... ha de resultar existente de los documentos o titulación presentada al Registro para su inscripción", reconocen que la traditio está muy facilitada por la forma instrumental, y "es un requisito que queda cumplido sin esfuerzo, al menos en su apariencia documental", lo que puede ser suficiente para que el Registrador inscriba, aunque no lo sea para que exista realmente tradición, Derecho hipotecario, T.I, p. 174-175 (5a ed.).

- 175) Fundamentos, III p.196, 1953.
- 176) Así S.ROMAN, Derecho civil III, 244 (1900), MANRESA.
Com. art.1464, ESPIN, Ds. reales. J. GONZALEZ no encontramos que se pronuncie rotúndamente en uno u otro sentido en Trad. de fincas, v. especialmente p. 32-33.
- 177) Concurrencia posesiones: Estudios, p. 34, nota 50.
- 178) Derecho civil, II, 1º p. 238 (1964).
- 179) Derecho hipotecario, I. p. 175 (5ª ed).
- 180) LACRUZ, Lecciones Derecho Inmobiliario, p. 168 (1957).
- 181) LACRUZ, Lecciones Derecho Inmobiliario, p. 168.
- 182) Cfr. LACRUZ, Sucesiones, P. General, nº 4.
- 183) La sentencia plantea otra interesante cuestión. El heredero reclama una masa de bienes (la hereditaria) mediante la acción de petición de herencia. Pero a esto el heredero putativo no puede oponer la usucapión de esa masa reclamada, sino la de los bienes que la integran. Y en este caso, aunque el heredero putativo hubiera podido hacerse ya dueño, no se estima que lo sea (mediante su usucapión), por no haber prescrito aún la acción de petición

de herencia de que dispone el heredero. Para el heredero sigue existiendo un patrimonio del que es titular y que mientras dure su acción de petición de herencia sigue para él integrado. Para el heredero putativo hay unos bienes concretos que está usucapiendo, y que aunque sean todos los que integran el patrimonio, los posee en calidad de bienes concretos. Aunque adquiriera éstos por usucapión, como no puede llegar a usucapir el patrimonio, no puede oponerla al heredero, en tanto conserve viva su acción de petición de herencia.

- 184) v. CASTAN, Do Civil, IV, p. 525 (1961).
- 185) Como caso excepcional no puede indicar ninguna tendencia de nuestro Ordenamiento a la supresión de la entrega.
- 186) Un caso parecido a éste es el de la venta de la herencia. Y con respecto a ella, el propio LACRUZ ha entendido: "Como toda enajenación, la venta de la herencia requiere título y modo, pero con una particularidad: el título abarca la totalidad de los bienes vendidos... mientras que la transmisión de cada bien... necesita para perfeccionarse, de un acto de cumplimiento que será diferente según la naturaleza de cada objeto". ¿Por qué no aplicar a la sociedad de todos los bienes esa general exigencia de título y modo?.

Con respecto a la venta de la herencia continúa LACRUZ su exposición en estos términos: "La tradición instrumental podrá tener lugar en un mismo instrumento para todas las cosas y todos los derechos reales hereditarios que sean susceptibles de ella". Pero advirtamos que esta tradición no es sólo el "modo", cumplido a través del otorgamiento de escritura: Opera a través del traspaso posesorio y requiere que el tradens sea poseedor, al menos mediato. La escritura, en este caso se refiere a la posesión de cada uno de los bienes que componen el patrimonio, y quizá para alguno de ellos no tenga alcance traditivo (ej. no era poseído por el tradens, el poseedor inmediato había intervertido el título).

Puede verse también ROCA - SASTRE, Problemas de la venta de la herencia A.A.M.N. - VII p.667, en particular p. 674 a 677; GULLÓN, La venta de la herencia, R.G. L.J., 1959 I p.359 ss.

Con carácter general FEDELE, La compravendita dell'eredità, Turín, 1957.

La jurisprudencia ha comprendido cómo la venta de la herencia equivale a la transmisión a título particular de cada una de las cosas que ella comprende (v. LACRUZ, Sucesiones P.Gral, nº 360, nota 8: allí cita S. 5, febrero, 1909).

- 187) CASTAN, Derecho civil, v. 1a, p.455-456 (1960).
- 188) v. De CASTRO, Compendio, p. 145 (1964).
- 189) ¿En qué momento comienza usucapir?: entrega? Cumplimiento condición? Vid. Parte primera, sección 1a, cap.II.
- 190) Puede verse CASTAN, Derecho Civil, IV, p.150 a 157 (1961)
ROCA - SASTRE, Derecho Hipotecario, III, p. 15 (5a ed.).
PUIG BRUTAU, Fundamentos, T. II, V.II, p. 336-341, este autor destaca cómo esta figura suele utilizarse con fines de garantía (vid. p. 337).
- 191) Cfr. ROCA - SASTRE, Derecho Hipotecario, III, 15, nota 2 (5a ed.).
- 192) Esta dirección parece seguir IGLESIAS, J. cuando lo define, en el Derecho Romano como pacto por el cual "el vendedor se reserva la facultad de rescatar la cosa dentro de cierto tiempo mediante la restitución del precio al comprador". Derecho Romano, p. 376 (1958). Igualmente D'ORS, A. Elem. D^o priv. romano, p.358 (1960). Incluso el propio CASTAN: "venta con condición resolutoria potestativa", IV, p.152, (1961).
- 193) CASTAN, Derecho civil, IV, p.152, (1961).

- 194) S. 7, Diciembre 1925 y 28 Mayo 1957.
- 195) Sobre estos negocios v. De CASTRO, negocio jurídico, pg. 497 a 515. Allí abundante información sobre la materia. Sobre las situaciones que atraviesan estos negocios allí p. 499 (segundo párrafo). El estudio de la acción de anulación es muy importante, pues de su ejercicio depende la invalidación de estos negocios (v.p. 497). Se destaca su carácter doble, como resultado de una acumulación en el Derecho castellano (N.R. 4,17,10; Nov. 11, 16,2; vid nota 19, p. 505), 1) acción declarativa "con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad" (p.504). 2) acción restitutoria, "que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio" (p.504). La declaración de nulidad tiene efectos retroactivos (ex tunc) pues con ella "aparece la originaria invalidez del negocio", "también, desplegará sus naturales efectos destructivos sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula" (p. 508), por lo que habrá de desarrollarse también a "terceros adquirentes que resultarían afectados en su consecuencia" (p. 506).
- 196) Se distingue la rescisión restitutoria, por lesión, de la revocatoria, en favor de los acreedores (acción pau

liana). Sobre esto De CASTRO, Negocio jurídico, p.527 y en general p. 517 a 528.

Aunque el Considerando diga que contra la presunción "iuris tantum" que establece el 1462 C.c. "solo puede oponerse, según su párrafo 2º que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario", toma en consideración la posesión del tradens, y así continúa, "lo que no ocurre en el caso actual en que lo que consta de la misma escritura y la posterior de su aclaración es que la finca estaba a la sazón disfrutada por el demandado a título de precarista" (no había probado concepto posesorio, ni prescripción).

197) De CASTRO, Negocio jurídico, p. 527.

198) Instit. cosas, p. 102 (nota).

199) Considera a la trad. instrumental, cuando el tradens es poseedor, como un caso de constituto posesorio, v. Inst. cosas, p. 101.

200) Inst. cosas, p. 104.

201) LA LAGUNA, Naturaleza de la donación, R.D.P., abril, 1964 p.285.

202) La posesión, p. 51

203) La posesión, p. 40, Cfr. también CALVO SORIANO, La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público, Est. Cent. Ley Not. sec. 2ª, vol. I, Madrid, 1962. Para este autor, el documento, en relación con la tradición, tiene el valor de una tercera solución para transmitir el dominio que se suma a la inscripción y posesión (p. 461): Así se da lugar a la propiedad cuyo tráfico se documenta (p.464), en la cual la transmisión se opera con independencia de toda situación de hecho (p.464). La eficacia de la escritura resulta de la propia escritura con independencia de la realidad exterior (p.466); la compra venta por escritura es dispositiva (p.467), ya que el documento traslativo contiene la voluntad causal y la forma traslativa (p.471), A las partes les queda la posibilidad de organizar la compraventa, como negocio dispositivo o como negocio obligacional (art. 1462,2º, voluntad contraria). (p. 465).

203 bis) Cfr. 7, julio, 1927.

204) Para mejor comprender la S. conviene aludir al motivo de cesación. En él se mantenía que el otorgamiento de la escritura pública, no basta para transmitir la cosa, (el derecho); como hace falta la entrega (art. 1461), la tradición instrumental "impone la preexistencia jurídica del objeto... en el patrimonio jurídico del transmitente". Esta expresión se entiende más abajo como estar en posesión

de la cosa, y como en el supuesto la cosa estaba habitada por Tercero, el vendedor no pudo transmitirla mediante la escritura. A esto el T.S. responde considerando que sí estaba en el patrimonio jurídico del vendedor, pues el tercero, habitaba la cosa por su mera tolerancia, afirmación que parece apoyada en que el tercero alegó un "injustificado título de dueño" (no demostró su derecho).

- 205) A, había vendido a B, una finca con tradición instrumental. C, poseía la cosa, como mero precarista (a efectos del desahucio). C, ante el desahucio de B, comprador, fundado en su título, opone que no tuvo virtualidad la entrega instrumental en la venta, por estar él poseyendo.
- 206) Derecho Inmobiliario, Reg. p. 167 (1957).
- 207) Inst. cosas, p. 103.
- 208) Anotaciones a la trad. de Enneccerus, III, 1ª, p. 63.
- 209) Trad. Enneccerus, III, 1ª, p. 60, 61.
- 210) JORS - KUNKEL, Dº privado romano, p. 166.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

DE LA SEGUNDA PARTE

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- 1) Según GENTILE la usucapión no es la conversión en el derecho correspondiente, sino la unión del derecho a la posesión, Effetti possesso, p.31.
- 2) Se observa que en el art. 1957, referido al tiempo de usucapión ordinaria de los bienes inmuebles no se dice nada del carácter "no interrumpido". Ello no indica, ni mucho menos, que aquí esta nota no sea exigible, pues el art. 1941 la impone como requisito general de toda posesión idónea para usucapir.

En el P. de 1851, después de haberse exigido en términos generales que la posesión "sea continua y no interrumpida" art.1947), sólo se reiteraba esta nota al regular el tiempo de prescripción de los bienes muebles (art. 1962 R.1851). En los inmuebles se silenciaba (art. 1953 y 1961). Y el P. de 1882-83, extiende la reiteración de esta nota general al artículo que determina el tiempo de prescripción de los inmuebles sin título ni buena fe (art. 30, tít. prescripción).

El C.c. reitera la exigencia general, señalada por el art. 1941, respecto a la no interrupción de la posesión, al regular las prescripciones ordinaria y extraor-

dinaria de los bienes muebles (art. 1955, I y II) y la extraordinaria de los inmuebles, (1959). Ello parece indicar que en estos casos debe apreciarse con mayor exigencia la continuidad de la posesión: Respecto a los bienes muebles por la dinamicidad de su tráfico; respecto a la usucapión extraordinaria de los inmuebles, por no requerir justo título.

- 3) El Proyecto de 1851, sigue todavía la orientación francesa en el enunciado del capítulo ("De las causas que interrumpen o suspenden el curso de la prescripción"). El desarrollo del mismo se hace, en cambio, referido a la interrupción de la posesión (arts. 1982 ss) y en un primer artículo se indica el cambio: "Todas las causas que interrumpen la posesión, interrumpen también la prescripción" (art. 1981, P.1851).

GOMEZ de la SERNA - MONTALBAN se refiere a la "interrupción de la posesión" Elementos I, 602 (1877); igualmente FEBRERO, GARCIA GOYENA, AGUIRRE, nº 784, I.P. 175, (1841). Se notan oscilaciones en FALCON: posesión continua, (p. 38), "se interrumpe la prescripción" (p. 39), y advierte: "Todas las causas que interrumpen la posesión, interrumpen también la prescripción". (p. 39). Dº civil, III, p. 38-39 (1882). GUTIERREZ inicia el apartado bajo el título: "Interrupción de la prescripción". FERNANDEZ exige: "Posesión continuada, esto es no interrumpida natural ni civilmente", Dº civil, II, p. 61-62 (1880).

- 4) Antes del Código Civil francés POTHIER desdoblaba en dos formas (natural y civil) las de interrupción de la posesión ad usucapionem (v. tratado prescripción, Barcelona, 1880, p.330). La doctrina, posteriormente, según BARASSI, distinguió dos tipos de pausas en el disfrute de la posesión: las independientes de la voluntad del poseedor, y provenientes de la intervención de un tercero (ej. despojo) a las que cabe tratar como formas de interrupción de la posesión, y las internas o dependientes del propio poseedor, que representan intermitencias en el ejercicio de la posesión. Estas pausas pueden constituir el vicio de discontinuidad que define BARASSI como "fatto che il possessore traslaci per un certo tempo di compiere quegli atti sulla cosa che costituiscono l'esercizio normale del suo godimento" (Il possessione, p. 177).

Los autores italianos se han referido al requisito de la continuidad en la posesión para usucapir. Además de BARASSI, ya citado, pueden verse: PUGLIESSE, Prescrizione acquisitiva, nº 179, p. 358; RUGGIERO, Instituciones, I, p. 820 (Madrid, 1929); GENTILE, Effetti possesso nº 89, p. 122 (Nápoles, 1958); BARATONO, Delle azioni possessorie, I, nº 33 p. 71; PACIFICI-MAZZONI, Istituz., III, parte 1a, p.13; VENCI, notas al Pacifici-Mazzoni, p. 73; DE MARTINO, Commentario del C.c. a cura di Socialoja e Branca, sub. art. 1158 (las citas y los textos de los cuatro últimos autores están tomadas de Gentile op.cit.).

Los autores franceses también tratan del requisito de continuidad en la posesión "ad usucapionem", distinguiéndolo del vicio interrupción. Así PLANIOL-BOULANGER lo entiende como "sucesión regular de actos de posesión en intervalos suficientemente cortos para que no existan lagunas" (n. 2298, II, p.800, 1957); BOUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, Traité, la prescription, nº 239 ss., p. 155 ss: "La interrupción no debe ser confundida con la discontinuidad" (nº 242 p.157). CARBONNIER (D. Civil) estudia la discontinuidad, como cualidad de la posesión utile ad usucapionem, en la teoría de la posesión, (II, p.132) y la interrupción en la teoría de la prescripción.

La Jurisprudencia francesa afirmó que la posesión es continua: "Lorsqu'elle a été exercé dans toutes les occasions et à tous les moments où elle devait l'être" (Cas. 5, junio, 1839, cit. en Planiol-Boulanger, II, p. 800, 1957).

- 5) Nos demuestra que en nuestro Derecho antes del Código no se distinguían los conceptos de posesión continua y no interrumpida, SALA: "La posesión debe ser continua... porque si llega a interrumpirse... de tal manera queda cortada la prescripción que debe empezarse de nuevo", Ilustración, I, p. 120 (1820).

Con mayor claridad todavía lo hace notar FEBRERO (ed. 1841 G. GOYENA-AGUIRRE y ed. 1852, G. GOYENA-AGUIRRE-MON_

TALBAN): "Posesión continuada quiere decir, que el que prescribe ha de retener en su poder la cosa que adquirió con los requisitos antes expresados, sin que ninguno se lo impida o interrumpa. (nº 784 I, p.175, ed.1841, y 198, ed. 1852).

También ESCRICHE: "Interrupción es todo lo que estorba o impide la continuación de la posesión"... (voz interrupción). Para La SERNA-MONTALBAN posesión continuada es la que se disfruta sin interrupción, natural ni civil (Elementos, nº 173, p. 609 (1886). En paralela dirección FERNANDEZ ELIAS, Dº civil, II, p. 61 (1880): "Posesión continuada, esto es, no interrupción natural ni civilmente" y FALCON "La posesión ha de ser continua; porque toda interrupción, siendo legal, destruye la presunción de dominio que amparaba al poseedor" Dº Civil, III, p. 39 (1882).

La influencia que ejerció el Código francés sobre nuestro Proyecto de 1851 no podía menos que dejarse también sentir en este punto. "La posesión debe ser continua y no interrumpida..." art. 1947, P. 1851. Mas nuestro terreno científico no era fértil al desarrollo conceptual de esta distinción. Por eso ni el propio GARCIA GOYENA en sus "Concordancias" hizo caso de ella, y este rechace continuado pudo determinar que no se tuviese en cuenta en el Código Civil (v. Concordancias, IV, art. 1947, p. 308).

Como nuestra doctrina no había hecho los distinguos de la francesa, el Código Civil pudo haber formulado esta cualidad de la posesión a que nos estamos refiriendo, de una manera positiva (posesión continua) o negativa (no interrumpida). Prefiere hacerlo negativamente, pese a que, como habremos podido observar, nuestros autores de la última época del s. XIX formulaban positivamente el requisito: la posesión ha de ser continua o continuada (GOMEZ de la SERNA; FERNANDEZ Elías, FALCON). Era más conveniente, para evitar equívocos terminológicos, emplear un sólo término, y emplear precisamente el no interrumpida, ya que había de referirse a las formas de interrupción (natural-civil).

Se restaura así, al mismo tiempo, la terminología de las Leyes de Toro, ("La más pura expresión del Derecho nacional", De CASTRO, Dº Civil, I, 1º, p.163, 1955): "La interrupción en la posesión interrumpe la prescripción en la propiedad..." (L. 65 Toro; L.6a, t.VIII. Lib.XI, Nov. Recp.). Entre sus comentaristas es usual esta forma de expresarse. Así A. GOMEZ ("Interruptio est annullatio vel revocatio usucapionis vel praescriptionis coepta" Com. ad L. 65 Tauri, p. 647 (Madrid, 1768); LLAMAS y MOLINA: "Se interrumpe cuando se extingue del todo por alguna cosa", Comentarios, L. 65 Toro, II, p.389 (Madrid, 1853).

- 7) Se recoge en el P. 1851 art. 1982 "La posesión se interrumpe natural o civilmente".
- 8) A. GOMEZ Ad. Leges tauri Com. L.65, p. 647, nota m. (Madrid, 1768).
- 9) ESCRICHE, Diccionario, voz "interrupción", p.931; SALA, Ilustración, I, p. 120 (1820); FEBRERO - G. GOYENA - AGUIRRE,- MONTALBAN, I, nº 784, p. 198 (1852, 4a ed); GUTIERREZ, Códigos, III, p. 119 ss. (1881); LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, I, p. 609, nº 173; FERNANDEZ ELIAS, Dº Civil, II, p. 61, nº 12 (1880); S. ROMAN se refiere a ella al exponer el Dº anterior al Código, Dº civil, III, p.260, (1900).
- 10) Comentario a las leyes de Toro, Ley 64, p.389,nº 3 (1853).
- 11) vease nota 9.
- 12) Diccionario, voz "interrupción", p. 931.
- 13) Nos recuerda HERNANDEZ GIL que se aplica a las obligaciones, los modos de adquirir, la posesión.
- 14) Effetti possesso, p. 126 (1958). La misma orientación sigue GALDI, M. Della prescrizione (Napoli,1905,1907),II,

nº 114 (cit. Gentile, op.cit, p. 126, nota 81). GALDI extrae las consecuencias: "La diferencia entre la interrupción natural de la prescripción y la interrupción civil estriba en que la primera cortando realmente la posesión al que la tiene, aprovecha... a todos los que tengan interés, porque quien no posee no puede prescribir contra ninguno; en tanto que la segunda no hace cesar la posesión si no es ficticiamente y en general sólo sirve al que la ha provocado y sólo perjudica a aquél contra el que se dirige".

También en Francia MAZEAUD, Leçons II, p. 1195, nº 1492 (interrupción de la prescripción y no de la posesión); RIPERT - BOULANGER entiende así la interrupción de la prescripción: "Survenance d'un fait qui en détruisant l'une des deux conditions essentielles de l'usucapion (permanence de la possession, inaction du propriétaire) rend inutile tout le temps écoulé". La interrupción civil afecta a la segunda de las condiciones exigidas, por lo cual se hace independiente de la posesión, Traité, nº 2723 (1957).

- 15) v. cap. I y II, parte, I, sec. I.
- 16) El reconocimiento también interrumpe la posesión, contra DIEZ PICAZO, Prescripción, p. 132.
- 17) PUGLIESE, Prescriz. adquisitiva, p.447, nota 2.

- 18) POTHIER, Trat. de la posesión, nº 39, (Madrid, 1880).
- 19) POTHIER, Trat. de la posesión, nº 40, (Madrid, 1880).
- 20) Traité: prescription, nº 471-472, p.295.
- 21) Traité, II, nº 2724, p. 949 (1957).
- 22) Principes de Dr. Civil Français, XXXII, nº 80, p.95, (1878).
- 23) Op.cit. nº 80, p. 95. No considera a la inundación como causa de interrupción, sino de discontinuidad en la posesión (vicio diferente). Así se sitúa en contra de D'ARGENTRÉ (Sur l'art. 266 de la Coutume de Bretagne, De interruption praescriptionis C.IV, nº 10, p. 1047) y DUNOA (parte I, cap.IX, p.54), a quienes cita, porque confunden la interrupción con la falta de continuidad.
- 24) Leçons, II, nº 1493, p. 1159.
- 25) Dº Civil, II, p. 210, (Paris, 1959).
- 26) Cfr. GENTILE, Effetti possesso, p. 126-127; PUGLIESE, Presc. acquis, nº 227, p.446.
- 27) Effetti possesso, p. 129.

- 28) MONTEL, La disciplina de possesso, p. 183
- 29) BARATONO, Azioni possessorie... I, p. 76 (cit. Gentile).
- 30) PUGLIESE, Presc. acquis. p. 446.
- 31) Op. cit. p.447.
- 32) MIRABELLI, G., Della prescrizione, p. 400 (cit. Gentile, Effetti possesso, p. 129, nº 38).
- 33) D'AVANZO, Possesso, p. 140, nº 1221 (Milán, 1942).
- 34) Effetti possesso, nº 765 (cit. Gentile, op.cit. p.129).
- 35) Información sobre esta polémica en la que tomaron parte nombres ilustres (COVARRUBIAS, GOMEZ, LLAMAS MOLINA, PALACIOS RUBIOS) puede encontrarse en la obra de GUTIERREZ, Códigos, III, p. 124 a 126. También en GOMEZ, Com. ad Leges Tauri, in L.65, p.645 a 648 (Madrid,1768) y LLAMAS MOLINA, (Com.a las Leyes de Toro, II, L.65, p.388 a 395 (Madrid 1853); ambos ofrecen también su propia postura.
- 36) GARCIA GOYENA, Concordancias, art. 1983, T.IV, p. 335, (1852).
- 37) GUTIERREZ, Códigos, III, p.120 (1881). Véase también nota 9.

- 38) Art. 15, título "de la prescripción", capítulo II, edic. PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, p.748.
- 39) véase nº 365.
- 40) véase nº 367.
- 41) L. 29, tít. 29, P. 3a.
- 42) Ley 65 de Toro.
- 43) Notamos que aún en la pérdida de la tenencia de la cosa, involuntariamente producida (no hay desamparo), se pierde ipso facto la posesión.
- 44) Las citas se encuentran en M. MARINA, Antigua legislación, nº 196, p. 154-156 (Madrid, 1808). Este autor resumiendo el sentido de estos fueros indicaba: "El propietario que poseyese quieta y pacíficamente por año y día cualesquiera bienes, y los hubiese adquirido a justo título por escritura de donación, compra o por testamento otorgada con las solemnidades de Derecho, no tenía obligación de responder o de contestar al que le demandase sobre ellos" (p. 154-155).

Como puede comprobarse en el texto resumen de MARTINEZ MARINA, no queda aclarado si el transcurso de año y día, se refería a la posesión o a la propiedad. Y es que

tampoco estaba claro en los fueros mencionados.

A modo de ejemplo citaremos dos textos

LOGROÑO: "Populator de hac villa qui tenuerit sua heredita
te uno anno et uno die sine ulla mala voce, habeat solta
et libera" (cit. M. MARINA, op.cit., p. 155).

SEPULVEDA: "Tot home que tobiere hereditat por anno et por
dia é ninguno non gela .retentó, non responda mas por ella"
(tit. CXCVII, M. MARINA, op.cit. p. 155).

Al situarnos en el momento actual, se siente la in
clinación de juzgar al Derecho de las etapas históricas
con nuestras categorías (Propiedad, posesión), pero a és
tas se ha llegado tras una lenta evolución, y no son si-
no un eslabón más (el actual) de la inagotable cadena de
la Historia, v. G. GALLO, Manual¹ del Dº Español, I, nº 4
ss., p. 2 ss. (1959). El concepto medieval de propiedad
no existía como hoy. Se tenía la idea de "bienes propios"
(v. G. GALLO Bienes propios y Dº de propiedad en la Alta
Edad Media española, A.H.D.E. separata 1959), que podía
servir para cubrir las necesidades que el hombre actual
cubre a través de la figura de la propiedad.

Además, en cuanto a la distinción que en aquélla
época existiera entre propiedad y posesión, medios de
protección posesorios y petitorios, nos ilustra Ga de
VALDEAVELLANO, en su interesante trabajo: "La limitación
de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el

Derecho medieval español" (R.D.P., 1947, p. 631): "El Derecho Germánico y el Derecho medieval español que se inspira en sus principios, como el Derecho español anterior a la Recepción, no conocen esta distinción entre medios de protección posesorios y petitorios" (p. 633). "La protección de la propiedad coincide con la protección de la Gewere o vestidura" (p. 634), se ha destacado también por DE CASTRO, la influencia del Dº Germánico en nuestros Fueros municipales. Dº Civil, I, p. 156 (1955). MEREÁ, Sobre a posse de ano e dia no direito dos foros, Estudos de Direito Hispânico medieval, II p. 16353 (1953), señala también cómo en el Derecho romano los conceptos de propiedad y posesión eran "distintos e independientes", mientras que "el Derecho germánico partía de una posesión (gewere) con suficiente requisitos para dejar presumir que su titular sea propietario". (p. 190).

- 45) Pueden verse también FUERO VIEJO, Libr.IV, t. IV, Ley 2a; FUERO REAL, Lib. II, tit. XI, Ley 1a; Ley 242 del Estilo; Ley 1a tit., IX Ordenamiento de Alcalá,
- 46) Cit. GUTIERREZ, Códigos III, p. 567.
- 47) GUTIERREZ, Códigos III, p. 567.
- 48) La jurisprudencia de nuestro T.S. posterior a esta Ley de la Novísima Recopilación, reconoció que se restringía a

las demandas de posesión, no siendo aplicable a las de propiedad. (S. 22 Dic. 1866). Recalca aún en ese caso, la necesaria concurrencia de buena fe y justo título (S. 4 mayo, 1868). Curiosamente, esta última sentencia niega el carácter general de la ley (dada por razón de fuero a determinadas ciudades), lo que no parece exacto (GUTIERREZ, Op.cit. III, 567).

49) GUTIERREZ, Códigos, III, p. 564.

50) MERÇA en Posse de ano e dia ofrece una consideración de la posesión de año y día como "posición invulnerable" ("non respondeat") (p. 187), de eficacia relativa, con base en el silencio del demandante (p. 188).

BRAGA da CRUZ ha puesto de manifiesto que la posesión de año y día está importada del Derecho francés, y no es una verdadera prescripción del dominio como tampoco una simple posesión reforzada. "Es una figura sui generis, difícil de comparar con cualquier figura jurídica de los derechos modernos que se sitúa más en el campo procesal que en el de los derechos reales. Es un simple plazo de caducidad de la acción reivindicatoria, mas de una caducidad concebida de forma muy especial, pues solo afecta a los derechos de quienes estaban en condiciones (materiales y jurídicas) de actuar y que no lo hicieron por simple descuido o indiferencia". A posse de ano e dia, p. 27. En la misma dirección cita a CABRAL de MONCADA (p.10)

y en contra a GAMA BARROS, que la conceptúa como prescripción adquisitiva de corto plazo (p. 9).

- 51) Lo mismo opina GARCIA GOYENA, Concordancias IV, p. 335 (1852).
- 52) Concordancias IV, p. 335, (1852).
- 53) Glosa a L. 29, tít. 29, Part. 3a.
- 54) En el C.c. italiano de 1942, art. 1937-II, GENTILE, Posse (1965), p. 360, nº 331.
- 55) La doctrina usual, según informa DIEZ PICAZO entiende la renuncia a la prescripción ganada como "un acto cuyas consecuencias consisten en un renacimiento o en una resurrección del derecho extinguido por la prescripción o en una pérdida del derecho usucapido que vuelve de esta manera a su antiguo titular, es decir al vetus dominus, "Prescripción", p. 72.
- 56) Esta titularidad es especial. Se halla sometida a la impugnación de la renuncia que puede ser opuesta por los acreedores (art. 1937). Sobre ello véase GOVIELLO, N., Transcrizione (Turín, 1924) II, nº 388 (cit. Gentile, Posse (1965) nº 332).

A este propósito señala GENTILE, refiriéndose a la renuncia a la usucapión sin inscripción (art. 2643, nº 5 y 2647 C.c.), que tiene efectos meramente personales, en un doble sentido:

a) Daña sólo al renunciante y a sus sucesores a título universal, y aprovecha sólo a la parte en relación a la cual se ha manifestado.

b) No tiene efectos reales (no provoca la readquisición del Dº a favor del ex dominus).

Concluye: "Por efecto de esta renuncia, el usucapiente no podrá oponer más la usucapión al ex dominus, y a sus causahabientes, pero continúa propietario, y los terceros, hasta tanto no se produzca un nuevo cambio en la titularidad del derecho, pueden derivar derechos de él" Possesso, (1965), nº 332.

La teoría de la ineficacia relativa de la renuncia a la prescripción se sigue entre nosotros por DIEZ PICAZO. Se apoya en que el art. 1937 C.c. "no faculta a los acreedores para impugnar la renuncia, sino para hacer valer ellos mismos la prescripción, pese a la renuncia". Así concluye que no se trata de un caso de aplicación de la acción subrogatoria, Prescripción, p. 72-73.

- 57) El tema de los efectos de la renuncia, ha preocupado, al parecer, más que a nuestra doctrina, a la italiana y francesa. GENTILE nos informa de la polémica: "Ma quanto all'in

dole e agli effetti della rinuncia, é viavo controversia, sembrando a taluni che la rinuncia abbia efficacia estintiva, comporti cioè una alienazione del diritto già acquisito; ad altri che essa equivalga a semplice ricognizione del diritto del'ex titolare e sia quindi dichiarativa o abdicativa", Effetti possesso nº 162, p. 253.

- 58) Sin embargo es muy importante en este acto descubrir si en el propósito de las partes hay una auténtica transmisión, en vez de una renuncia unilateral. Tal transmisión podría suplir a la posesión no pacífica del despojante.
- 59) Pero la titularidad obtenida por el tercero es la misma que tuviera el transmitente, vetus dominus, y por tanto sometida al límite del art. 1937.
- 60) Existen ciertas formas de pérdida que no interrumpen la posesión, y que ni tan siquiera se entienden como pérdida, a los efectos jurídicos, así las cosas muebles que permanecen bajo el poder del poseedor (art. 411 C.c.) v. Cop. I, sec. I, part. I.
- 61) v. la parte 1ª, cap. I.
- 62) MAZEAUD cita el caso de las cucharas de plata caídas con los desperdicios de comida al cubo de basuras: No deben entenderse abandonadas, (Leçons, I p. 244, nº 213).

- 63) Vid. VALVERDE, Dº Civil, II, p. 250 (1936): "También en algún caso excepcional puede existir el abandono tácito como sucedería si se concediera un terreno bajo, condición expresa del cultivo..."
- 64) GENTILE, Possesso, nº 112 (1965): CASTRO, Negocio jurídico, § 92; IGLESIAS, Dº Romano, p. 298.
- 65) L. 12, tit. 30, P. 3ª.
- 66) IGLESIAS, Dº Romano, p. 298 (4ª edic.).
- 67) GARRIGUES, Curso II, p. 744, (1962). Este mismo autor destaca que en la navegación moderna son rarísimos los casos de echazón.
- 68) Trat. ENNECCERUS, trad. esp. III-1º, p. 74, nota 3 (Barcelona, 1944).
- 69) L. 14, tit. 30, Part 3ª; Cfr. Códigos, II p. 581 (1881). En el mismo sentido La SERNA - MONTALBAN, Elementos, I, 597 (1886), antes también POTHIER, Trat. propiedad, p.199 Madrid, 1881.
- 70) El título que configura el concepto posesorio de la posesión recuperada será el primero, pues la echazón fue impuesta y por tanto no afectó al título.

- 71) DEJANA, en Gentile, Possesso (1965), p. 461.
- 72) WOLFF destaca en la pérdida producida por abandono del poseedor inmediato el carácter intermedio entre el extravío, o pérdida voluntaria de la posesión, y el abandono, o pérdida voluntaria. No hay en realidad ni extravío ni abandono.

También señala este autor que la posesión superior subsiste, si la pretensión de entrega puede dirigirse contra el nuevo poseedor inmediato, Trat. Enneccerus: Derecho de cosas, (trad. española) III, 12, p. 76 (1944)

- 73) Cfr. CASTRO, Negocio Jurídico, p. 133 ss.
- 74) Cfr. ESCRICHE, Diccionario, voz despojo, p. 552.
- 75) Cuando nuestra doctrina habla del despojo se refiere generalmente al supuesto del art. 460, 4º en el que se contempla la adquisición de una nueva posesión realizada por otro sino contra la voluntad del poseedor" (Posesión, p. 66), y lo encuadra dentro de apartado 4º del artículo 460 C.c. (Op.cit. p. 45). Cfr. MARTIN PEREZ, Posesión, p.178-179; DE DIEGO LORA, Posesión y proceso posesorios I n.133 ss; SOTO NIETO, La legitimación pasiva en los interdictos Bol. Inf. Min.Just., año XI, nº 370, 5 abril, 1957.

ESCRICHE, lo definió: "Acto violento o clandestino

por el cual uno es privado de una cosa mueble o raíz que poseía o del ejercicio de un derecho que ganaba" Diccionario voz "despojo".

Parece que la noción de despojo ha de implicar: 1º Privación total de la posesión (art. 1652 y 1658 LEC). 2º Toma de la cosa por sí por el despojante, que explica se dirija contra él la acción interdictal encaminada a la devolución. Advirtamos que es precisamente la LEC la que emplea el término despojo.

En la doctrina italiana se ha planteado la cuestión que consideramos, dándose de ella dos soluciones posibles. GENTILE sostiene la necesidad de que el autor del hecho subentre en la posesión o en la detentación, o de alguna manera extienda el área de su propia posesión. Possesso nº 436, p. 461 (1965).

CALABRIA entiende que el despojo lleva anejo el animus adiniscendae possessionis, (Referencia en Gentile, op. y loc. cit), y el propio MONTEL en su primera edición de la disciplina del possesso, p. 179.

Con posterioridad MONTEL ha cambiado de postura, La disciplina del possesso, 2ª ed., nº 129, p. 224-226; en la misma dirección DEJANA, Sulla distinzione tra spoglio e molestia, Giur. Cass. Civ. 1946, II, 1, 37 (cit. Gentile, op. y loc. cit.).

- 76) Compárese GARCIA VALDECASAS, G. Posesión, p. 45.
- 77) Con respecto a los inmuebles, el comportamiento que impide el acceso al poseedor, sin ocuparlos para sí, puede ser calificado de despojo, permitiendo la interposición de las acciones interdictales contra el provocador. Porque, tratándose de estos bienes de permanente localización, se impide la posesión, en la medida en que se reitera la actividad excluyente. Esta actividad excluyente, es precisamente la que se pretende impedir con la interposición del interdicto (arts.1562, 1558 L.E.C.).
- 78) "La posesión ejercida por medio de representante se pierde corpore... toda vez que el representante sea despojado por obra de otro o quede impedido, por un evento natural o de fuerza mayor, de ejercitar la posesión. Pero ni la muerte, ni la incapacidad del representante, ni el abandono voluntario de la cosa por su parte son causas de cese de la posesión, a condición de que el representante no deje consolidar el estado de cosas sobrevenido" PUGLIESE, G. Presc. acq. nº 160, p. 327 (Turin, 1921).
- En la misma dirección GENTILE, Possesso nº 121, p. 142 (Turin, 1965). Cfr. WINDSCHEID, Pandette, parag.157, nota 4, I, pag. 553 (Turin, 1930).
- 79) (D. 4, 3, 31).

- 80) (D. 41, 2, 3, 8).
- 81) Cfr. VALLET , Concurrencia de posesiones: Estudios, p. 45 ss.
- 82) Debe excluirse, claro está, el caso en que un tercero ocupa la cosa, pero en este caso según WINDSCHEID (criterio quizá extensible a nuestro Derecho, Cfr.art. 444 y 1941, posesión pública), el poseedor deberá tener conocimientos de la ocupación del tercero, tanto si ella se ha producido con algún intervalo o en el mismo momento del abandono, Pandette, parag. 157, nota 4, I, p. 553 (Turín,1930)
- 83) Cf. PUGLIESE, G. Prescriz. acq. nº 160, p. 327 (Turín,1921) GENTILE, Possesso, nº 121, p. 142 (Turín, 1965). Tal estado se consolidará por la posesión no clandestina durante un año.
- 84) v. MASIP ACEVEDO, sobre Derelictio rei non possessae, en La derrelicción, p. 45 ss (1946): Bibliografía en p.47.
- 85) Derecho de cosas, en Trat. Enneccerus (trad.esp.),III,1º p. 465-466. La misma orientación es seguida por PEREZ y ALGUER, anotaciones de la edición española, Op.cit. p. 469.
- 86) HEDEMANN, Derecho civil: Derechos reales p.214, Madrid, 1955). GENTILE, Possesso, nº 123, p.143 (Turín, 1965).

- 87) La posesión que se adquiere por un tercero sin mandato alguno no aprovecha al representado si no ha ratificado este acto (art. 439 C.c.). La ratificación demuestra el animus possidendi, por eso esta norma pone de manifiesto que sin voluntad no hay posesión.
- 88) "Posto che il possesso mediato si conserva solo animo... eso viene logicamente meno cuando il possessore abdica a tale possesso", GENTILE, Possesso, p.143, nº 123 (Turín, 1965).
- 89) Con el abandono del poseedor mediato no se extingue, en realidad, el título, lo que si ya no tiene significado para quien ha abandonado, si lo tiene, en cambio, para el otro sujeto de la relación posesoria, el poseedor inferior. Como consecuencia, no se cambia el concepto de su posesión, y puesto que se trata de una situación de usucapión, no se justifica un comienzo de posesión en nombre propio, que pudiese perjudicar al verdadero titular.
- 90) "Esta forma de abandono no se realiza sobre el corpus possessionis."
- 91) WOLFF, Derecho de cosas, en trat. Ennecceres, III, 1º p. 465-466.

- 92) En la misma dirección respecto a la derelictio MODESTINO en D. 41, 7, 3; POTHIER, Trat. de la propiedad, p. 198, Madrid, 1881. Este autor afirma: "No cabe duda que el que sólo tiene el dominio de propiedad de una cosa por una parte indivisa, puede abandonarla por la parte que tenga; pero el que tiene el dominio de propiedad por el total de una cosa, no puede abandonarlo por una parte indivisa, y retenerlo por lo restante; porque verdaderamente uno no abandona una cosa sino cuando nada en ella se tiene..."

"No sucede lo mismo respecto a una porción divisa de una cosa. No hay duda, por ejemplo, que puedo yo perder el dominio de propiedad de un pedazo de tierra que formaba parte de mi heredad, con abandono y retener lo restante de la heredad; porque dicho pedazo de tierra es una cosa real que abandono por el total y del que no retengo nada; en vez de la porción indivisa de una cosa que es algo que sólo subsiste en el entendimiento, y que no puede formar la materia de un abandono real".

Igual criterio siguen el C.c. argentino cuyo autor se inspira en POTHIER, y PUIG BRUTAU, Fundamentos, III, p. 243 (nota 4) (1953), También MASIP ACEVEDO, quien cita en la misma orientación a ROMANO, CZYHLARZ, KOHLER, EISELE, GONZALEZ (Jerónimo), TIDOW, en La derrelicción, p. 137 (1946).

- 93) No puede aplicarse aquí el criterio de los Proculleyanos, según el cual la aprehensión de tercero era el hecho determinante de la pérdida del dominio (D. 41, 7, 2, 1). El criterio Sabiniano, que mantenía que se pierde el dominio

desde la "derelictio" (47,2,43,5) prevalece en la jurisprudencia tardía (D. 9, 4, 38, 1 y 41, 7, 2, 1) y en las Instituciones de Justiniano (2, 1, 47). Sobre esto vid. IGLESIAS, Dº Romano, p. 230 (1958). Una crítica de este planteamiento en PUIG BRUTAU, Fundamentos III, p. 244, nota 6 (1953). Cfr. también CASTRO, Negocio jurídico § 92.

94) Vid. en la misma dirección L. 29, tit. 29, Part. 3a. También La SERNA - MONTALBAN: "Si el poseedor abandona la cosa que estaba poseyendo, aunque la recobre después no se contará el tiempo por la que la poseyó antes de abandonar la, sino tendrá que comenzar de nuevo..." Elementos, I, p. 610 (1886).

95) Ni tan siquiera el adquirente de la cosa puede revocar el abandono del poseedor. Pongamos un ejemplo: A, antes de completar el tiempo de usucapión abandona la posesión del objeto. Con posterioridad la recobra transmitiéndosela a B, quien tiene interés en que no se tenga por válido el abandono de A, pues de ser así, uniendo al tiempo de posesión de su causante el suyo sería titular en el momento en que Dominus reclama la cosa.

96) Cfr. nº 386.

97) (D. 50, 17, 153) y (D. 41, 2, 8). En contra (D. 41,2, 3,6)
"Si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus

amittes possessionem. El Derecho común justificó este texto porque responde a un caso en que se comenzó la posesión solo ánimo: por eso, también se pierde solo ánimo. Así lo encajaba dentro de una regla general por la que se requieren los mismos elementos para comenzar la posesión que para terminarla.

- 98) Cuestión distinta y en la que no vamos a entrar, es la referida a los objetos que aparentando estar poseídos, no lo están. Si se ocupan se adquiere desde el momento mismo de la ocupación, su posesión.
- 99) La falta de consentimiento del tradens excluye la traditio. La ocupación de la cosa no da lugar a que se inicie automáticamente la usucapión, por haberse realizado contra la voluntad del anterior poseedor (Cfr. arts. 460, 4º; 1941).
- 100) Cfr. nº 371 ss.
- 101) El art. 1969 C.c. fue una novedad del Proyecto de 1882-88 (PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, Tit. de la prescripción, art. 40, p. 755). Se ha interpretado restrictivamente por nuestro T.S. entendiendo que las circunstancias personales que impidan el ejercicio de la acción, sólo retrasarán el comienzo del cómputo del tiempo de prescripción si son tenidas por las leyes (imposibilidad objetiva). CASTAN nos ha-

bla de posibilidad legal del ejercicio de la acción que ha de ser prescrita, como criterio contenido en las Sentencias de 1, junio, 1900 y 8, mayo, 1903, citando además las de 22, diciembre, 1945 y 18, junio, 1958 (Dº Ci-vil, vol. II, p. 845 nota 1, Madrid, 1963).

MANRESA destaca en este artículo, su carácter subsidiario: "Sólo a falta de regla determinada, en otros distintos preceptos, habrá de estarse a lo consignado en el art. 1969..." (Comentarios, art. 1969, XII p.802,1931) Allí en el mismo sentido que CASTAN desarrolla el criterio jurisprudencial.

Un planteamiento reciente de estas cuestiones lo encontramos en D. PICAZO, La prescripción, pgs. 81 a 88. Exponiendo los criterios que rigen esta materia expone este autor: "El desconocimiento del titular del derecho respecto a la posibilidad de ejercicio tampoco debe por re-gla general, ser tomado en consideración. Aquellos supuestos en los cuales el momento inicial de la prescripción se coloca en el conocimiento del hecho o de la situación que genera la acción (Cfr. art. 1968) son de carácter excepcio-nal" (op. cit. p. 86). Considera este autor, al hacer men-ción del art. 1968, que la acción posesoria comienza a prescribir con el conocimiento de la agresión por el poseedor. Esto parece lo correcto (art. 444 C.c.).

102) "Cuando hablamos de posesión de otro (art. 460, 4º C.c.) damos por sentado que este otro asume respecto de la cosa una verdadera situación posesoria incompatible con la del anterior poseedor. No hay, en realidad, situación posesoria si los actos de tercero han sido violentos o clandestinos (art. 444), ni tampoco si se trata de actos de mera tenencia o de actos permitidos o tolerados por el poseedor (v. gr. el usucapiente arrienda, pignora, cede en comodato, deposita). Sólo, por tanto, hay interrupción cuando se ha iniciado una nueva situación posesoria independiente de la anterior e incompatible con ella" DIEZ PICAZO, La prescripción, p. 127-128.

103) Nuestro Código Civil exige en el artículo 444 un doble requisito: que el acto sea realizado clandestinamente y que de él no tenga conocimiento el poseedor.

MANRESA distingue entre actos clandestinos y actos sin conocimiento del poseedor, Comentarios IV, p.173-174, (1931).

Parece exagerada la afirmación de POTHIER: La posesión, si comenzó siendo clandestina, no deja de serlo, porque luego se haya dado conocimiento de ella a la persona interesada en recuperarla, Tratado de la posesión, p.217, nº 29, Madrid (1880). Se inspira en un texto de AFRICANO contenido en el Digesto (D. 41,240), que dice así:

"Retro quoque si sciens tuum servum non a domino emerim, et tunc clam eum possidere caepissem postea certiore, te feoerim, non ideo desinere me clam possidere".

- 104) Así lo pone de relieve DIEZ PICAZO: "con arreglo al artículo 1653 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en todo caso la demanda debe presentarse dentro del plazo de un año. Conforme al artículo 1968, en cambio, el plazo de un año es de prescripción de la acción, lo que permite que sea interrumpido por reclamación extrajudicial o por reconocimiento del derecho y que quepa renuncia a la prescripción ganada... La contradicción debe, a nuestro juicio, resolver en favor de la interpretación dimanada de la Ley de Enjuiciamiento civil. El plazo de un año es un plazo perentorio para la presentación de la demanda. Obsérvese además, que con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil parece que se trata de un requisito que el juez examina de oficio", La prescripción, p. 231 (1964).
- 105) No afectan en cambio, ni a la prescripción de la acción recuperatoria, ni de rechazo a la posesión incorporal del despojado, ni la reclamación extrajudicial del despojado (ej. por un requerimiento notarial se exige del poseedor sin título que desocupe el local), ni el reconocimiento por el despojante de que realizó un acto contra la posesión ajena, sin estar dispuesto a devolver la cosa. No es de aplicación al caso el art. 1973 C.c.

- 106) En la misma línea VALDECASAS, Posesión despojado, RDP, 1946 p. 423. Este autor a propósito de la naturaleza jurídica de la posesión incorporal del despojado, sostiene siguiendo a DUSI, que es un derecho a la posesión que sobrevive al hecho de la posesión (op.cit. p.427).
- 107) El 466 exige la recuperación, y el 1960, lo es una presunción.
- 108) Así VALLET, Concurrencia de posesiones, Estudios, p. 68; VALDECASAS, Posesión despojado RDP, 1946 p. 423 (mera afirmación incidental).
- 109) Que los hechos posesorios son compatibles podemos comprenderlo con un ejemplo: Dos poseedores aprovechan conjuntamente con sus vacas los pastos de una pradera.
- 110) El comienzo de la posesión ad usucapionem por el despojante, antes del año, no impediría la continuidad en la posesión del despojado, porque la impone el art. 1944 C.c.
- 111) "En otro caso, el despojado perdería su posesión tan pronto la cosa hubiera pasado del despojante a manos de un tercero, lo cual es contrario al espíritu del artículo 460, 4º..." GARCIA VALDECASAS, Posesión incorporal RDP. 1946, p. 418. Este mismo autor sostiene en el citado trabajo que el despojado puede interponer el interdicto de recobrar,

no sólo contra el despojante sino contra tercero, aunque no tuviera éste conocimiento del despojo. VALDECASAS ha querido mantener a costa de todo el espíritu de la fórmula canónica "Spoliatus ante omnia restituendus est" (ap. cit. p.422).

- 112) Información De los MOZOS, Principio de la buena fe, especialmente en p. 229; Carlos MELON INFANTE, La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título; HERNANDEZ GIL, El Giro de la doctrina española en torno al art. 464 del C.c. y una posible interpretación de privación ilegal, RDP , 1944 p.491; HERNANDEZ GIL, De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil, R.D.P., 1945,p. 413. NAVARRETE, Urbano La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva, Roma, 1959.
- 113) VALLET sostiene que "tanto el poseedor del derecho de propiedad como el tenedor de la cosa, para defenderse uno frente al otro de las inmisiones realizadas fuera de los límites de sus respectivas posesiones de hecho, disponen de los interdictos" Concurrencia de posesiones, en Estudios, p. 52, nº 18 (allí información sobre esta materia, para nosotros marginal).
- 114) Según GARCIA VALDECASAS la posesión se pierde al cabo del año, aunque haya sucesivos poseedores y sucesivos despojos (Posesión incorporal, RDP, 1946, p.418).

- 115) La posesión se pierde aunque parte del año la cosa no ha ya sido poseída por nadie, como consecuencia de que el año "es el plazo de prescripción de la acción que tiene el despojado para recobrar la posesión corporal". GARCIA VALDECASAS, Posesión despojado, RDP, 1946, p. 418.
- 116) Cfr. Parte 12, Secc. 12, Cap. I.
- 117) Cfr. OYUELOS, Digesto II, p. 323, nº 44, Madrid, 1917.
- 118) El art. 442, aunque redactado contemplando fundamentalmente la sucesión por título hereditario, puede ser extendido con su aplicación a la sucesión inter vivos, ya que las cualidades subjetivas (buena o mala fe) no se pueden transmitir.
- 119) VALDECASAS, Posesión incorporal, R.D.P., 1946, p. 419.
- 120) DIEZ PICAZO nos advierte en este sentido: "Se observará poniendo en conexión el art. 1945 con el 1946, que lo que interrumpe la usucapión es únicamente la privación voluntaria o judicial de la posesión... La interrupción es pues en rigor, obra de la sentencia judicial, que condena al poseedor a perder esta posesión. Lo que ocurre es que el mero hecho de interponer una demanda, que prospera, impide que la usucapión se consuma durante el curso del pleito" (La prescripción, p. 99-100). El reconocimiento del derecho

del dueño, entiende, en cambio, este autor no interrumpe la posesión, sino la usucapión. Op.cit. p.132.

No es bastante entender que la prescripción se interrumpe "porque el derecho contra el que corría ha sido ejercitado o reconocido" como sostiene BAUDRY-LACANTINE-RIE-TISSIER, Droit Civil, La prescription, p. 297 (1899), sobre todo si el hecho posesorio subsiste. Lo importante es precisar cómo el ejercicio del derecho o el reconocimiento afectan a la estructura de la posesión ad usucapionem, hasta interrumpirla.

- 121) Cfr. nota anterior.
- 122) ALBALADEJO, Instituciones, II, p. 120.
- 123) ALBALADEJO, Instituciones, II, p. 120.
- 124) Compendio, p. 154-155 (1966).
- 125) Compendio, p. 155 (1966).
- 126) Sobre las diferencias y relaciones entre la prescripción extintiva y la usucapión, Cfr. DIEZ PICAZO, La prescripción, p. 26 ss (Barcelona, 1964).
- 127) En este caso, además, estamos ante una cuestión de índole civil por la materia a que se refiere, sometida por tanto

a la jurisdicción ordinaria (v. art. 2, L.Jur.Cont.Ad.).

- 128) La jurisprudencia así lo ha entendido en S. 3 enero, 1936, referida a la prescripción adquisitiva de una marca y a la supuesta interrupción de la misma por unas cartas dirigidas por el demandante al demandado, antes del litigio. La sentencia afirma en un considerando: Del contenido de las cartas no puede derivarse el efecto interruptor de la prescripción adquisitiva del dominio de la marca cuestionada, siendo preciso para ello, bien la citación judicial válida o el reconocimiento expreso o tácito que el poseedor haga del derecho del dueño según los arts. 1945 a 1948 del C.c.".

Otra sentencia (29 Diciembre, 1959) se inclina por la dirección contraria: "Fué interrumpido el plazo (se refiere a la prescripción extraordinaria) no sólo por imperativo legal, durante los tres años de la guerra de liberación, sino por reclamaciones privadas a partir del año 1934..."

- 129) DIEZ PICAZO puntualiza que la prescripción adquisitiva deviene: por acción reivindicatoria o meramente declarativa del dominio interpuesta por el propietario frente al usucapiente. Por acción negatoria interpuesta por el proprietario frente a quien está usucapiendo un derecho real "in re aliena". "Ningún otro tipo de demanda parece en cambio, que pueda tener virtud interruptiva en la pres-

cripción adquisitiva". La acción de deslinde puede interrumpir porque implicará una pretensión reivindicatoria. (La prescripción p. 123). Se señala que la acción podrá ser ejercitada a través de demanda principal, reconvención o incidente. No basta la excepción, COVIAN, Interrupción civil RGLJ, t. 100 año 1902 p. 520.

- 130) Así DIEZ PICAZO, apoyándose en el art. 1947. (La prescripción, p. 123). Puntualicemos: la demanda como fundamento de la citación.
- 131) Fueron, según BUSSI, los canonistas los que introdujeron la distinción, (interrupción natural - civil), destacando que la interrupción civil "prodest interrumpenti et suis heredibus", Formazione dei dogmi, p. 74 (1937).
- 132) La prescripción, p. 107.
- 133) En algún caso se favorece al poseedor de mejor derecho impidiendo al usurpador que adquiriera la posesión (interposición del interdicto de recobrar). Esta interrupción que le favorece, no es de la posesión ad usucapionem del despojante (carece de ella), sino de la prescripción extintiva de su acción recuperatoria. Hay que advertir que de este modo se puede perjudicar al titular, porque el despojado poseía de mucho tiempo atrás y el despojante comienza una nueva posesión (nuevo cómputo del tiempo).

- 134) Ejemplo: El usufructuario interrumpe, (obteniendo sentencia favorable que reconoce su derecho) la posesión de un arrendatario, que por interversión del título comenzó a poseer para sí. Esta interrupción sin duda favorece también al propietario, siempre que el usufructuario hubiera recibido de él la cosa y fuese por tanto su mediador posesorio (art. 431 C.c.).
- 135) "Si se trata del órgano jurisdiccional, su aptitud consiste, primeramente, en la atribución de la potestad jurisdiccional, es decir, en tener atribuido poder para celebrar actos procesales en cuanto a los órganos del Estado en general, y además en que, dentro de los órganos del Estado análogos, le corresponda intervenir en el caso de que se trate con preferencia. Lo primero se determina mediante la figura de la Jurisdicción: lo segundo, mediante la competencia. Hay que tener en cuenta, no obstante, ulteriormente, que el Derecho positivo configura también como requisito procesal y no meramente administrativo la aptitud personal del titular del órgano en cuanto a su compatibilidad relativa con el asunto de que se trate; de donde se deduce que es también requisito procesal subjetivo referente al órgano jurisdiccional la ausencia de causas de abstención o recusación". GUASP, De procesal civil, p. 293 (1956).

- 136) GUASP, De procesal civil, p. 113 (1956).

- 137) GUASP, Dº procesal civil, p. 137 y 149 a 151 (1956).

Según PRIETO CASTRO "El Juez no puede revelar de oficio exacta incompetencia (art. 74, I) y el demandado sólo puede denunciar su falta" in limite litis o por vía de excepción... no cabe impugnar en casación la sentencia que recaiga faltando la competencia territorial"
Derecho procesal civil, I, p. 134, Zaragoza, 1944.

- 138) Se ha sostenido que después del pronunciamiento de la sentencia, incluso favorable, comienza de nuevo a extinguirse por prescripción el derecho declarado en ella. COVIAN, Interrupción civil, R.G.L.J., t. 100 (1902) p.519. La afirmación se hace confusamente, pero, si se refiere a la usucapión, es inexacta. El comienzo de la usucapión requiere una nueva interversión del título. Entre tanto, el principio de continuidad impide la prescripción (art. 436 C.c.).

- 139) La avenencia en el "acto de conciliación" puede intervertir el título interrumpiendo el curso de la usucapión, como si se tratase de un convenio inter partes.

- 140) Se resume en el considerando primero de la S. T.S. 26, mayo, 1926, la cuestión planteada en casación.

- 141) La prescripción, p. 117. En igual dirección GUASP., Dº procesal civil, p. 1247 (1956).

142) GUASP, juzga que el efecto interruptivo de la prescripción lo determina la interposición de la demanda (de conciliación), porque "normalmente (se refiere a los demás casos) esta interrupción de la prescripción se configura como uno de los efectos conservativos de la presentación de la demanda más que de la decisión, y, en realidad, no hay motivo para posponer el efecto conservativo de la interrupción de la prescripción al momento de la celebración del acto y no al momento de la interposición de la demanda ya que la dilación existente entre uno y otro instante puede no ser imputable a la parte y por ello resultaría injusto que le perjudique el intervalo", Derecho Procesal civil, p. 1247.

Conviene tener en cuenta:

1) En la prescripción adquisitiva no es la presentación de la demanda sino la decisión, lo que interrumpe la posición (intervierte).

2) Hay motivos para situar la interrupción en el acto de conciliación: los que a continuación exponemos en el texto.

143) La prescripción, p. 117-118.

144) La prescripción, p. 117. Igualmente GUASP, Dº procesal civil, p. 1247.

- 145) GUASP considera al acto de conciliación como un proceso para la eliminación del proceso, Do procesal civil, p. 1233 ss.
- 146) En este mismo sentido S. 1 julio 1957; 1 julio 1919.
- 147) Cfr. MANRESA, Comentarios, art. 1948, XII p. 782 (1931); D. PICAZO, La prescripción, p. 118.
- 148) Muchos autores no entran en la cuestión: así S. ROMAN; CASTAN; PUIG BRUTAU; ESPIN.
- 149) Comentarios, XII, p. 712 ss.
- 150) La herencia y las deudas del causante, p.342-343
- 151) GUASP, Comentarios, art. 524, II, 1a, 1a p. 249, nota 5a; DIEZ PICAZO, Prescripción, p. 112 ss.
- 152) La prescripción, p. 113.
- 153) PEÑA, La herencia y las deudas del causante, p. 342-343, nota 27.
- 154) PEÑA, Op. cit. p. 343. En esta definición equipara este autor citación y emplazamiento. En cambio GUASP los

distingue con un criterio eminentemente procesal, que para nosotros no tiene grandes repercusiones. "Citación es,el llamamiento a comparecer dentro de un plazo". (Do Procesal civil, p. 519, 1956).

- 155) PEÑA, Op. cit. p. 343, nota 37, argumento 5º.
- 156) En la sentencia de 11 julio 1903 (ha lugar) el Tribunal Supremo coloca la interrupción de la posesión que da derecho a los frutos en la contestación a la demanda. Esto se debe a que en el recurso lo situaba en ese momento el recurrente. El T. S. al dar lugar al mismo lo concede así por no conceder más de lo pedido, aunque no esté conforme con ese criterio del recurrente, que sin duda le perjudica.
- 157) GREGORIO LOPEZ, glosando las Partidas, nos descubre, que el momento único, en que se producía la interrupción con templa tanto a la posesión de buena fe como a la mala fe. ("habebit hoc locum in omni praescriptione, sive cum bona fide, sive cum mala fide"). Glosa L. 29, t. 29, P. 3ª.
- 158) Se separan del criterio del Derecho Común, Vid. Glosa GREGORIO LOPEZ, En este sistema se distinguía según los casos (praescriptio longi temporis, praescriptio longissimi temporis, usucapio mobilium). En cambio la Ley de Partidas, afirma el propio Gregorio LOPEZ, "non distinguit".

- 159). Hay interrupción civil, cuando poniéndose litigio al poseedor y presentada la demanda, se hace en su virtud el emplazamiento, que es uno de los ~~efectos~~ efectos que este produce" (FEBRERO, GARCIA-GOYENA, AGUIRRE, I, nº 204 p. 175).
- 160) Sobre el Derecho Común información en COVARRUBIAS, Opera omnia, I p. 570-571 nº 4, Génova, 1762. También G. LOPEZ, Glosa, L. 2a, tít. 2a, P. 3a.
- 161) "La interrupción civil se causa por la citación judicial hecha al poseedor aunque sea ante juez incompetente" (art. 1984, p. 1851).

Correlativo con el art. 2245 C.c. francés, devant un juge incompetant (art. 2246 C.c. francés).

- 162) La S. 31 marzo, 1902 afirma: "Para que se produzca interrupción civil de prescripción, es necesario según el art. 1945 del Código, invocado en el recurso, que medie citación judicial hecha al poseedor, y lo que ha mediado en el caso actual no ha sido la citación como efecto de la demanda..."

La S. 21 mayo 1904, aunque haga tal declaración, no da lugar al recurso, por haber recaído en el litigio sentencia absolutoria.

En la S. 11, julio, 1903, (ha lugar) el recurrente pedía que la interrupción de la posesión se situara en el momento de la contestación a la demanda. Por eso las declara-

ciones del Tribunal Supremo no son directamente el criterio con que juzgó el caso.

163) El precepto está tomado del art. 1985, P. 1851, que a su vez se inspiró en el art. 2247 C.c. francés.

164) "La interrupción civil no es absoluta... sino condicional y para el caso de vencer al demandante; así la interrupción se tiene por no acaecida en el caso contrario"
GARCIA GOYENA, Concordancias IV, p. 336, art. 1984; GUTIERREZ, Códigos III, p. 121.

165) La jurisprudencia considera que la absolución de la demanda (S. 21 mayo, 1904 y 3 marzo, 1911) y la caducidad de la instancia (S. 16 enero 1897; 3 marzo, 1911), privan a la citación de su efecto interruptor.

A propósito de la abolición de la demanda se decía en el siglo pasado que sólo interrumpe la citación judicial del que tiene derecho a la cosa: FEBRERO - GARCIA GOYENA - AGUIRRE, nº 784, p. 198 (1852).

166) Según PORTALIS, es una antigua costumbre de Francia contraria a la Ley Romana, Cfr. GARCIA GOYENA, Concordancias, IV, p. 337, art. 1984.

167) Cfr. GUASP, Dº Procesal civil, pgs. 113, 137, 149 a 151.

- 168) Rogrón, en GARCIA GOYENA, Concordancias, IV p. 337, art. 1984; (MANRESA explica la excepción porque la posesión de ja de ser pacífica, Comentarios, XII, p. 712, art. 1945, (1931).
- 169) Concordancias, art. 1984, IV, p. 337.
- 170) COVIAN Interrupción civil, p. 525; D. PICAZO La prescripción, p. 119.
- 171) Así lo entiende DIEZ PICAZO, aunque fundándose en otras razones. "La demanda de pobreza ha significado, es cierto, una intención de ejercitar el derecho pero si el derecho no es efectivamente ejercitado no parece que deba haber interrupción", Prescripción, p. 119.
- 172) El supuesto de hecho era el siguiente: A, entrega a (B y C) en depósito cuatro títulos de la deuda. D, apodera a B, para que administre sus acciones, y éste, tras retirar los valores de D, los vende utilizando el dinero en su propio provecho.

A cambio de la disposición efectuada, B entrega a D, los valores de A, por lo cual A, interpone acción reivindicatoria contra D, estimándose su acción. D, interpone recurso de casación alegando usucapión, no interrumpida por el requerimiento preparatorio del juicio, que se hizo antes del transcurso de los 6 años.

- 173) COVIAN, Interrupción civil, R.G.L.J. t. 100, 1902, p.525; MANRESA, Comentarios, t. XII, p. 714 (1931); DIEZ PICAZO, La prescripción, p. 119-120.
- 174) Este reconocimiento puede ser concomitante a un acto de abandono (interrupción natural). Si el reconocimiento no subsigue abandono, sólo denota la mala fe, pero la posesión continúa en concepto de dueño (usucapión extraordinaria). Y si le subsigue, es dudoso que puedan retrotraerse al reconocimiento los efectos interruptivos del abandono. No parece posible, pues ni se dispone en el Código la interrupción por este tipo de declaración negativa del derecho, ni el abandono (pérdida corpus y animus de poseer) debe confundirse con un mero reconocimiento de la falta de derecho a poseer.
- 175) DE CASTRO, Dº Civil, I, p. 694 (1965): "El acto se considera en el aspecto de: voluntad determinante de un efecto jurídico típico" (Vid. el mismo autor y obra en 1ª edic. 1942, p. 534).
- 176) Cuando se trata propiamente de una renuncia, ésta sólo podrá referirse al tiempo de posesión ya transcurrido y no al que está por transcurrir, pues sería una renuncia al derecho de prescribir (v. art. 1935), Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, Droit Civil, La prescription, nº 53, p.67 (1899).

- 177) En esta misma dirección BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER. Op. cit. nº 528, p. 324.
- 178) DIEZ PICAZO, La prescripción, p. 134.
- 179) "La declaración debe ser entendida del contexto de las palabras o del sentido de la conducta de una manera inmediata y directa, sin necesidad de razonamientos o deducciones de tipo lógico" DIEZ PICAZO, La prescripción, p. 135. Para este autor el reconocimiento puede incluso consistir en el simple silencio o en la aquiescencia, si la buena fe exigiera una razonable protesta o afirmación del propio derecho (p. 135). BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, Op.cit. nº 530, p. 326, (1899).
- 180) Ej. el poseedor declara para excusarse de una obligación fiscal, cuál es el verdadero dueño de la cosa. Así lo entiende también POTHIER, Trat. obligaciones nº 629 respecto a la prescripción extintiva, p. 225 (1899), y BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, Prescription, nº 529 p. 325. Este autor lo refiere también a la prescripción adquisitiva. Cita en la misma línea a TROPLONG; AUBRY et RAU, LAURENT y decisiones jurisprudenciales francesas.
- 181) La prescripción, p. 134-135.

- 182) En contra, BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER, "Cette reconnaissance importe renonciation au bénéfice de la prescription commencée", Prescription nº 527, p. 324 (1899).
- 183) En contra DIEZ PICAZO: Lo interrumpido no es la posesión sino la usucapión. No tiene en cuenta el art. 1943, La prescripción, p. 132.

C O N C L U S I O N E S

C o n c l u s i o n e s

La posesión idónea para usucapir puede ser contemplada bajo un doble aspecto: estático y dinámico.

I. Desde el punto de vista estático se destacan sus elementos estructurales y caracterizadores.

A.- Esta especie de posesión está integrada por dos elementos, el corpus y el animus, o voluntad de tener la cosa como propia. Ambos reciben una especial dimensión jurídica cuando son componentes de esta figura posesoria.

AA.- El corpus encierra un cierto grado de voluntariedad, referida a la tenencia de la cosa o al disfrute de un derecho (13) y presumible en los períodos intermedios (art. 459, 1960-2º) (13). La noción del corpus es unitaria, pero se ejerce materialmente a través de la tenencia de la cosa, si la posesión se refiere a un derecho que recaiga sobre un objeto corporal (arts. 1940, 1930, 1936, 1952, 1959, 1462, 1463), o a través del disfrute del derecho mismo, cuando se refiere a bienes incorpóreos (art. 1464; aprovechamientos de aguas, servidumbres: art. 533) (15).

Aunque el corpus possessionis sea un elemento común a todo género de posesión (art. 430), adquiere una especial cualificación jurídica en contacto con la que conduce a la usucapción. Sus notas principales son: Referencia a un tipo concreto de derecho subjetivo susceptible de ser adquirido

por usucapión, coordinación del tipo de posesión que en él se ejercita con el que configura el título; valoración a través del período de tiempo de la usucapión; influencia de la naturaleza del objeto; valoración con arreglo a un criterio social.

El corpus denota el poder material sobre el objeto que lo aproxima al hombre. Esta adscripción fáctica de unos concretos bienes a una persona supone la exclusión de los demás sujetos de la comunidad. Por eso se deben distinguir dos ámbitos en el mismo: el interno o frutivo y el externo o excluyente (19).

1.- El ambito interno presenta rasgos peculiares a cada tipo de bienes:

a) En los inmuebles se expresa en la permanente accesibilidad del objeto (21), y en el disfrute intermitente de la posesión (art. 447), entendido éste como ejercicio de actos positivos, que valorando la naturaleza del objeto y la existencia o ausencia del título (30-31) sean catalogables como posesorios. La accesibilidad a la cosa está determinada por la no inmisión de otro sujeto (23) y la ausencia de fuerzas impeditivas, personales o naturales (24-25). En los bienes de producción no parece posible entender que el "corpus" se ejercite a través de la explotación adecuada, aunque sea muy deseable, porque nuestro Derecho positivo no presta bases suficientes para ello (32 a 36).

b) En los bienes muebles, por razón de sus peculiaridades

físicas económicas y jurídicas (37), el corpus se expresa en la idea de permanencia del objeto bajo el poder del poseedor (art. 461). La noción de poder puede concretarse en un contacto de carácter potencial. Los criterios que en nuestro Derecho determinan el grado de poder son: Principio de continuidad (39); "qui possidet continens videtur possidere contentum" (art. 449) (40 a 46); se posee lo que se tiene a través de otro sujeto, mientras no se demuestre la interversión; respecto a las cosas contenidas en espacios no exclusivos, subsiste el poder si, conociendo el lugar en que se encuentra, se pueden reiterar a voluntad contactos materiales, pero se pierde automáticamente la posesión con la ocupación de tercero que haya confiado en la situación de la cosa, si la voluntad posesoria no estaba suficientemente exteriorizada, y la cosa aparentaba abandono (48 a 51); las cosas de ignorado paradero no contenidas en espacios de posesión exclusiva (comp. art. 461 C.c.) y definitivamente perdidas, dejan de poseerse (52 a 56); igual sucede con las inaccesibles (57); en cuanto a las perdidas u olvidadas en el ámbito exclusivo de otro sujeto, la continuidad en la posesión material depende del comportamiento del mismo.

c) El régimen jurídico de los semovientes se aproxima al de los bienes muebles, pero, por su naturaleza, la idea de poder adquiere un significado peculiar, no tanto frente a otros sujetos, cuanto frente al propio animal, que ha de permanecer sometido para mantenerse en posesión (59). Los animales

amansados se asimilan a los domésticos si conservan el animus revertendi. Como objetos en posesión no son libremente ocupables, pero al no exteriorizarse su carácter, cuando están fuera del círculo posesorio de quien los tiene, se establece, en atención a la posible buena fe del ocupante, un régimen de usucapión abreviada (art. 612-III) (63 a 65).

Los animales fieros permanecen en nuestro poder si por algún medio impedimos que recobren su primitivo estado de libertad natural. La medida del poder será la requerida por el efecto que se trata de conseguir; por eso, aunque no exista poder en sentido físico, no se pierde la tenencia si la fiera sigue en situación de sometimiento. Cuando los animales fieros se encuentran en un espacio poseído, pero en él disfrutan de amplia libertad delimitada (selva amurallada), continúa la usucapión de los mismos, si el poseedor los ha destinado a esa situación, (69 a 72).

2.- El ámbito externo de la posesión se cifra en la exclusión de otros sujetos. Esta no deriva tanto la posibilidad material de impedir toda influencia extraña (75), cuanto de la protección que presta el Derecho a las situaciones posesorias suficientemente exteriorizadas (74 a 79).

Para completar la visión del corpus se ha de señalar que el Derecho atribuye, en ocasiones, los efectos posesorios a situaciones en que no existe tenencia material: La posesión del despojado, la civilísima, la mediata, la posesión posterior a la entrega por pacto de constituto posesorio, la posesión derivada del Registro, y la ficción del artículo núm. 466

(80 a 86), son ejemplos de esta atribución de efectos posesorios.

BB.- El segundo elemento estructural de la posesión que conduce a la usucapión es el animus possidendi. Al quedar referido a esta forma de posesión se expresa técnicamente bajo la denominación de "concepto de dueño" (88). Concepto de dueño es equiparable a concepto de titular de un derecho, que tratándose de la usucapión ha de ser, necesariamente, un derecho usucapible (93); no tiene nada que ver con la buena o mala fe del sujeto (94): está referido a la intención de poseer el objeto en calidad de titular del mismo. A la que se tiene en concepto de dueño, también se denomina posesión civil (95 a 100).

a.- La voluntad del sujeto que se considera con valor jurídico a través del concepto de dueño no es la puramente psicológica, sino el resultado de una doble operación jurídica: la tipificación y la objetivación. Por virtud de la tipificación la voluntad se amolda a uno de los concretos esquemas que el ordenamiento admite como derechos usucapibles (103), quedando abandonado en ocasiones el contenido de los mismos a la autonomía de la voluntad ("tantum praescriptum quantum possessum", ej. art. 598) (104). Por virtud de la objetivación el título de atribución de la posesión viene a configurar el concepto bajo el cual la misma se adquiere (107 a 116). En el disfrute posterior a la adquisición se presume la continuidad en el concepto en que se adquirió la posesión (art. 436) (117). Límite a esta presunción es la interversión de

la posesión, que en sus tres modalidades, bilateral (119), por sentencia (impuesta), (120) y unilateral (121), determina un cambio en el "concepto" en que se disfrutaba la posesión (117 a 127).

b.- La posesión que por no ser en concepto de titular de un derecho usucapible (que no es en concepto de dueño) no es apta para la usucapión se desglosa en tres tipos, según la razón jurídica que justifique la ejecución de los actos posesorios: "En virtud de licencia", "por mera tolerancia", "por gestión".

1) La posesión por virtud de licencia se caracteriza por estar basada en una concesión del dueño que cristaliza en un contrato, el cual aunque no pueda configurar una posesión ad usucapionem (comp. art. 444 con el 1942), limita a la posesión superior (139 a 145).

2) Las situaciones posesorias basadas en la mera tolerancia no deben cualificarse en atención al carácter de los actos (limitados, transitorios, poco molestos) (148 a 150), sino por la voluntad de los sujetos (151-152), incluso tácita o presunta (161). La voluntad de las partes no está dirigida a la constitución de una relación jurídica, sino a crear la licitud de la situación (155). En el terreno concreto de la usucapión se amplía el alcance de esta noción de los actos meramente tolerados: No se contempla tanto la licitud, cuanto la descualificación jurídica de la situación, que la hace no apta para la usucapión. Por ello la revocación de la

tolerancia no suprime, en este plano, el carácter tolerados de los actos (162), y la continuación en la posesión después de la extinción del título que cualificaba a la situación (ej. arrendamiento), debe valorarse, objetivamente, como de mera tolerancia, pues el haber agotado el título su virtud configuradora, pregonará la falta de un concreto animus possidendi (tolerancia impropia) (165).

3.- Podemos pensar que la posesión se tiene "por gestión", cuando, sin la ratificación del dueño, un sujeto se constituye en poseedor en su nombre (166). Aunque no sea suficiente este comportamiento para atribuir al dueño la posesión (art. 439), si éste no lo ratifica, viene a configurar la situación posesoria del gestor como no apta para la usucapión.

Este influjo señalado, del título sobre el concepto en que se posee se manifiesta en ciertas categorías de títulos y la posesión derivada de los mismos (168 a 196).

B.- La posesión apta para la usucapión se caracteriza por ser pública, pacífica, y no interrumpida.

AA.- Debe distinguirse la posesión que no es pública de la posesión clandestina (444) (197). Posesión pública es la que se exterioriza en cuanto el hecho de la tenencia y en cuanto al concepto en que se posee, durante todo el tiempo de la usucapión (198), para permitir al titular, que resultaría perjudicado por consecuencia de la usucapión, trabar conocimiento de la posesión que a ella conduce (199).

BB.- Es pacífica la posesión cuando se adquiere con arreglo a Derecho, sin ir en contra de la voluntad del anterior poseedor (207). La posesión no pacífica, por implicar un ataque al orden de la posesión, es de carácter objetivo (se produce con independencia de la buena fe del sujeto) (209 bis) y de alcance real (210), pero asimismo llega a purificarse con el transcurso del tiempo (211). Dentro de la posesión no pacífica, tiene especial relevancia la que debe su origen a la comisión de un acto delictivo (212 a 219). La posesión pacífica no pierde este carácter por cualquier tipo de reclamaciones que contra ella se dirijan, a no ser por las que producen la interrupción civil de la posesión (234).

CC.- Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido interrupción natural ni civil. Su concepto resulta desenvuelto al estudiar la interrupción.

II. Al considerar el aspecto dinámico de la posesión "ad usucapionem", se debe fijar la mirada en el momento inicial y final, pues el periodo intermedio responde a la imagen ofrecida de esta posesión, desde un punto de vista estático.

A. La posesión que conduce a la usucapión se adquiere a través de la ocupación, en sus dos formas, material o por sumisión de la cosa a la voluntad del poseedor, o a través de los actos y formalidades que potencian la adquisición de la misma según el Derecho (241 a 243). Tales actos y forma-

lidades se encuadran normalmente en la adquisición derivativa de la posesión, la cual comporta una sucesión en determinados efectos atribuidos a la posesión anterior (244).

AA.- La ocupación es un acto material que provoca la adquisición de la posesión, si se dan los presupuestos necesarios para esta eficacia jurídica: toma material de la cosa, voluntad exteriorizada y ausencia de vicios en la posesión.

BB.- La entrega es una forma de transmitir la posesión. Su eficacia para transmitir o constituir situaciones posesorias idóneas para la usucapión, no abarca a todos los supuestos en que a través de ella no se logre la transmisión del derecho (254 a 273).

Las formas de entrega pueden basarse en el apoderamiento o en la voluntad (277 y 297). a) Dentro de las basadas en el apoderamiento se pueden incluir: 1. Apoderamiento material de la cosa (278), 2. apoderamiento de un medio de acceso a la cosa (280). En los medios de acceso a la cosa son distinguibles dos tipos, materiales (entrega de las llaves) (281) y jurídicos (entrega de los títulos de pertenencia y transmisión de los títulos de tradición) (286 a 296). b) Las formas de entrega basadas en la voluntad comprenden: 1. La entrega instrumental, 2. entrega por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, 3. uso consentido (351) y 4. autorización de ingreso (352). La entrega instrumental como formalidad encaminada a la transmisión de la posesión requiere la existencia de la misma en el transmitente. Su resultado es la transformación del concepto bajo

el cual el tradens ha de continuar reteniendo la cosa (constituto posesorio sin causa especial de retención: posesión meramente tolerada) (311 a 343). El acuerdo encaminado a la entrega es utilizable cuando la cosa transmitida no pueda ser trasladada a poder del comprador, por causas materiales o jurídicas, (ej. pacto de retención del usufructo: constituto posesorio), o si éste la tenía ya por algún otro motivo (entrega brevi manu) (344 a 350).

B. El límite de la posesión que conduce a la usucapión es la interrupción. Consiste en un fenómeno jurídico por virtud del cual se trunca este tipo de posesión en alguno de sus elementos. Puede producirse o porque se deje de tener voluntariamente la cosa, o porque se tenga en un concepto que no sea adecuado para usucapir. En el primer caso hay interrupción natural. En el segundo interrupción civil (361).

AA.- La interrupción natural se produce en el momento en que adviene el evento interruptor, a excepción del caso de despojo en el cual la posesión se continúa durante un año. Los efectos de la recuperación de la posesión perdida son diferentes según sea voluntaria o involuntaria la causa de la interrupción. En el primer caso no puede aplicarse el artículo 466, en el segundo sí (375) y la continuación de la posesión que por el mismo se produce, es debida a la persistencia del título (376).

BB.- La interrupción civil de la posesión que conduce a la usucapión tiene su fundamento en la interversión del concepto en que se posee, la cual necesariamente se produce,

cuando las causas que la originan adquieren estado definitivo: hay interversión posesoria cuando, tras la citación judicial dirigida al poseedor, se llega a la estimación jurisdiccional de la demanda. O cuando el mismo poseedor reconoce por sí el derecho del dueño. Antes de producirse la interversión definitiva del título por efecto de la sentencia estimatoria de la demanda presentada contra el poseedor, hay un período que podríamos llamar de duda, en el cual no se sabe aún si prosperará la demanda. La interversión se produce desde el momento en que el pronunciamiento judicial resuelve definitivamente la cuestión, pero se retrotrae a un momento anterior (arts. 1945, 1947) (417).

INDICE DE OBRAS CITADAS

INDICE DE OBRAS CITADAS

- ALAS, de BUEN, RAMOS "De la usucapión"
Madrid, 1916
- ALBALADEJO GARCIA, M. "Poseibilidad del derecho de
prenda"
Estudios de Derecho civil, p.
9 a 17.
Barcelona, 1955
- "Adquisición por usucapión del
derecho real de prenda"
Estudios de Derecho civil, p. 23
a 50
Barcelona, 1955
- "Instituciones de Derecho civil:
II. Derecho de cosas"
Barcelona, 1964
- "La obligación de transmitir la
propiedad en la compraventa"
Estudios de Derecho civil, p. 141
a 235
Barcelona, 1955
- ALBERTARIO "Possessio pro suo e la contrap
posizione, possessio pro suo
possessio pro alieno"
Studi di Diritto romano, II p. 185
- "Corso di Diritto romano" (pos-
sesso e quasi possesso)
Milán, 1946
- ALCALDE PRIETO, Domingo "Curso teórico-práctico, sinop-
tico bibliográfico de Derecho
Civil español común y foral"
Valladolid, 1880
- ALVAREZ SUAREZ, U. "El problema de la causa en la
tradición"
Madrid, 1945
- ARIAS RAMOS, J. "Derecho romano"
4a ed.
- ASCARELLI "Il concetto di titolo di cre-
dito"
Milán, 1932

- AUBRY et RAU
"Cours de Droit civil français" (D'après la methode de Zachariae)
5a ed., París, 1897
- D'AVANZO
"Il possesso"
Milán, 1942
- AZEVEDO, Alfonso de
"Commentarii iuris civilis in hispaniae regias constitutiones"
Lyón, 1737
- BIRASSI, Ludovico
"Diritti reali et possesso":
II "Il possesso"
Milán, 1952
- BARBERO, D.
"Sistema del Diritto privato italiano"
2 vols. Turín, 1965
- BARRERA MONTENEGRO, José M.
"Nociones de D^o civil mercantil y penal"
Valladolid, 1881.
- BAUDRY-LACANTINERIE-TISSIER
"Traite théorique et pratique de D. civil: de la prescription"
2a ed. Paris, 1899.
- BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO, José
"El cumplimiento de las obligaciones"
Madrid, 1956.
- BETTI
"Crítica de los sistemas de transmisión"
Primer Congreso de Derecho registral
p. 329 ss,
"Teoría Gral. del negocio jurídico. Madrid, 1959.
- BINDER, Julius
"Derecho de sucesiones"
trad. Lacruz
Barcelona, 1953.
- BIONDI, Biondo
"Istituzioni di Diritto romano"
Milán, 1946.
- BONET, Ramón, F.
"Código civil comentado"
2a ed.
Madrid, 1964.

- BONET, Ramón, F. "Compendio de Derecho civil"
V. sucesiones
Madrid, 1965.
- BONFANTE, Pedro "Instituciones de Derecho romano"
trad. 8ª ed. ital. Bacci-Larrosa,
revisada por Campuzano; 3ª ed.
Madrid, 1959.
- "Le singole iustae causae usucapionis, e il titolo putativo".
Soritti, II "proprietà e servitù",
p.552 a 682.
Turín, 1926.
- BRAGA da CRUZ, G. "A pose de ano e dia no direito hispanico medieval."
Coimbra, 1949.
- BRAGADO "El hallazgo"
Madrid, 1957.
- BRANDILEONE: CHECCHINI "La traditio e il trasferimento della proprietà immobiliare nei documenti medievali"
Padua, 1914.
- BUEN, Demófilo de "Derecho civil común"
3ª ed. Madrid, 1936.
- BUSSE, Emilio "La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune" (Diritti reali e Diritto di obbligazione)
Padua, 1937.
- CABRAL DE MONCADA, L. "A traditio e a transferência da propriedade imobiliária no direito português". Estudos de História de Direito v.I, p.1 a 36.
Coimbra, 1948.
- "A tradito e a transferencia da propriedade imobiliária no direito português (S.XII-XV)
Boletín Facultad Derecho Univ. Coimbra
- GALVO SORIANO, A. "La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público"
Est.Cent.Ley Not.sec.2ª.vol II.
Madrid, 1962.

- CANNADA-BARTOLI, Eugenio
 "Intervessio possessionis e mancato stanzionamiento di fondi nel bilancio comunale".
 Giur.Italiana, 1956, IV, p.54.
- CANDIL y CALVO, Francisco
 "Pactum reservati domini"
 Madrid, 1915.
- CARBONNIER, Jean
 "Droit civil"
 T. II les biens et les obligations
 París, 1959.
- CARIOTA FERRARA, L.
 "El negocio jurídico"
 Trad. Albaladejo
 Madrid, 1956.
- CASTAN TOBEÑAS, J.
 "Derecho civil español común y foral"
 T. II, 2 vols, 1964
 T. III, 1958
 T. IV, 1961
 T. V. vol, 1º, 1960
 vol, 2º, 1959.
- CASTRO y BRAVO, F. de
 "El negocio jurídico"
 Madrid, 1967.
- "El negocio fiduciario"
 (estudio crítico de la teoría del doble efecto)
 Conf. 14-XI, 1966, separata.
- "Compendio de Derecho Civil"
 Madrid, 1964.
- "Derecho civil de España"
 T.I: Parte General
 Madrid, 1955.
- "Derecho civil de España"
 T.II: Derecho de la persona
 Madrid, 1952.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.
 "Instituciones de Derecho civil español", T. II
 Madrid, 1930.
- "Instituciones de Derecho civil", nueva ed. revisada y puesta al día por COSSIO CORRAL, A. y GULLON BALLESTEROS, A.
 T. I, Madrid, 1959.

- CODIGO CIVIL
"Discusión parlamentaria del Código civil"
(Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888-1889)
Madrid, 1891.
- COLIN y CAPITANT
"Curso elemental de Derecho civil"
Traducción y notas por DE BUEN
4a ed. revisada y puesta al día en la parte española por MARIN PEREZ y GOMEZ YSABEL
Madrid, 1961.
- COMISION de CODIFICACION
Actas inéditas de las sesiones dedicadas a la elaboración del Proyecto de 1882
Ministerio de Justicia.
- COVIAN, Victor
, "Interrupción civil de la prescripción". La citación judicial R.G.L.J., t.100-1902, p.516

"Precario"
Enciclopedia jurídica
T. XXV, p.338-340
Barcelona.
- CONSOLO, Giovanni
"Trattato teoricoo-practico del Posseso"
Turín, 1906.
- COVARRUVIAS y LEYVA, D.
"Opera omnia"
T.II, § De prescriptionis interruptione.
Genova, 1762.
- COVIELLO, N.
"Trascrizione"
Turín, 1924.
- DALMARTELLO
"La consegna della cosa"
Milán, 1950
- DALMAU y DE OLIVART, R.
"La Posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria Noción en el derecho abstracto"
Barcelona, 1884.
- DIEGO LORA, C. de
"Posesión y procesos posesorios"
2 vols.
Navarra, 1962.

- DIEZ PICAZO, L. "La prescripción en Código civil"
Barcelona, 1964.
- "Lecciones de Derecho civil"
III Derecho de cosas
Valencia, 1967.
- DOMAT "Les Lois Civils"
(Prescripción: III)
París, 1767.
- D'ORS, A. "Elementos de Derecho Privado Romano"
Pamplona, 1960.
- DUALDE "La posesión civilísima"
Barcelona, 1959.
- DUMAS, A. "Possession en Droit Canonique"
Dit. D. canonique
VIII, p. 43 ss. 1965.
- DUSI "La successione nel possesso negli atti tra vivi"
Rev.ital. per scienze giurid.
vol.XVIII, XIX, XX, años 1894-95.
- D'EMILIA "Sintesi intorno alla configurazione del possesso secondo il cod.civ.ital."
Arch.giur.1948.
- ENNECERUS Y NIPERDEY, "Derecho civil", Parte general
Trad. PEREZ-ALGUER
2 vols.
Barcelona, 1943-1944.
- ESCRICHE "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia".
París, 1851.
- ESPERANZA MARTINEZ RADIO, A. "El problema de la sucesión en la posesión"
Madrid, 1960.
- ESPIN CANOVAS, D. "La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español"
Salamanca, 1965.
- ESTER, J. "Manual de Derecho civil español"
v. II Derechos reales
2ª ed.
Madrid, 1959.

- ESPIN CANOVAS, D. "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión".
R.D.P. 1943, p.593.
- FAIREN MARTINEZ, M. "La propiedad: Teoría de errores"
R.D.P. Febrero, 1963, p.126-139.
- FALCON, Modesto "Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral"
3 vols.
Salamanca, 1882.
- FEBRERO, GARCIA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBAN "Biblioteca de jueces y abogados y escribanos".
6 vols. cuarta ed.
Madrid, 1852.
- FEDELE "La compravendita dell'eredità"
Turín, 1957.
- "Possesso ed esercizio del diritto"
Riv.dir.comun, 1949, 12, 108 y 198, 1950, 12 198.
- "Possesso ed esercizio del Diritto"
Turín, 1950.
- FERNANDEZ ELIAS, C. "Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español"
2 vols. 2ª ed.
Madrid, 1880.
- FERRARA, F. junior "Lezioni di Diritto Commerciale"
Florenzia, 1939.
- FERRER MARTIN, Daniel "El precario y el juicio de desahucio por precario"
R.D.P., 1952, p.303 a 313.
- FERRI "Manuale di Diritto commerciale"
2ª ed.
Turín, 1961.

FINZI

"Il possesso dei diritti"
Romá, 1915.

FUENMAYOR, A.

"La propiedad privada y su función social" (En est. de Dº Publ. y Priv. en homenaje SERRANO SERRANO) T.I, p. 222 ss. especialmente, p. 229
Valladolid, 1965.

FUNAIOLI

"La Tradizione"
Turín, 1942,
"Cosa smarrita e cosa dimenticata"
Riv. Dir. Comm, 1940, II p. 342.
"A proposito di apparentia iuris"
Riv. Dir. civ. 1942, p. 131 ss.

GALLO, Filippo

"Disposizioni di giustiniano sulla forma delle vendite"
Turin, 1964 (al final 1965).

GARCIA GALLO, A.

"Manual de historia del Derecho español"
Madrid, 1959.
"Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media española"
Anuari, Hª, del Dº español, 1959.
"Historia del Derecho español"
Tomo I (1943).

GARCIA GARRIDO, M.

"De la bonorum possessio a la posesión civilísima"
R.D.N.
Enero, marzo, 1967, p. 115 a 152.

GARCIA GOYENA, F.

"Concordancias motivos y comentarios del Código civil español".
4 vols.
Madrid, 1852.

GARCIA DE VALDEAVELLANO

"La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho medieval español."
R.D.P., 1947, p. 631.

GARCIA VALDECASAS, G.

"La posesión incorporal del despojado y la posesión de año"
R.D.P., 1946, p. 336 a 413.

- GARCIA VALDECASAS, G. "La posesión"
Granada, 1953.
- GARRIGUES "Curso de Derecho Mercantil"
2 vols.
Madrid, 1962.
- GASSER, P. "Diss. de apprehensione possessionis", 1731.
- GENTILE "Il possesso nel Diritto civile"
Napoles, 1956.
- "Gli effetti del possesso a le azioni possessorie"
1958.
- GENTILE, F.S. "Il Possesso"
Turin, 1965.
- GIMENEZ ARNAU, E. "La inscripción de posesión"
Madrid, 1944.
- GOMEZ, Antonio "Ad Leges Tauri Commentarium absolutissimum"
Madrid, 1768.
- GOMEZ ACEBO "La buena y mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil"
R.D.P., 1952.
- GOMEZ DE LA SERNA Y MONTAILBAN "Elementos de Derecho civil y penal de España"
42 ed. Madrid, 1886.
- GROPALLO "Prescrizione"
Nuovo Dig.Ital. X, nº 26.
- GONZALEZ MARTINEZ, J. "Los principios hipotecarios"
1931.
- GONZALEZ MARTINEZ, Jerónimo Conferencia: "La tradición de fincas en los instrumentos públicos"
AAMN. T.1, 1945, p.11.
- "La tradición de fincas en los instrumentos publicos".
Conferencia Ac.Mat.Notariado,
Separata, Madrid, 1945.

- GUASP, J.
- "Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil"
t.II vol.I, 1ª parte
Madrid, 1945.
- "Derecho procesal civil"
Madrid, 1956.
- GULLON
- "La venta de la herencia"
R.G.L.J., 1959, I p.359 ss.
- GUTIERREZ FERNANDEZ, B.
- "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español"
5ª ed. 7 vols.
Madrid, 1881 (vols.2ª y 3ª).
- HECK, Philip
- "El negocio jurídico real abstracto"
R.C.D.I., año 1965, p. 1443.
- HEDEMANN
- "Derechos reales"
Versión española y notas de DIEZ PASTOR y GONZALEZ ENRIQUEZ
Madrid, 1955.
- HEINECIO
- "Elementa iuris romani"
(editio prima hispana, ad usum studiosae inventutis)
Compluti, 1808
- HERNANDEZ GIL, A.
- "El giro de la doctrina española en torno al 464 C.c. y una posible interpretación de privación ilegal.
R.D.P. 1944, p. 491 ss.
- "De nuevo sobre el art.464 C.c.)
R.D.P. 1945, p.425.
- "La función social de la posesión ensayo de teorización sociológico-jurídica)
Madrid, 1967.
- HERNANDEZ TEJERO, F.
- "Derecho romano"
Madrid, 1959.
- IGLESIAS CUBRIA, M.
- "La relación jurídica de precario en el Derecho romano"
Información jur.1949,p.771 a 811
- "Evolución histórica del concepto de posesión" (usus, possessio, detentio).Univ.Oviedo, 1955.

IGLESIAS, S. Juan

"Orden jurídico y orden extra-jurídico"
Cent. L. Not.V.II sec.1ª, 1965.

"Orden jurídico y orden extra-jurídico"
Estudios: Historia de Roma, Derecho romano, Derecho moderno.
Madrid, 1968

"Derecho romano" (Instituciones de Derecho privado)
Barcelona, 1962.

Von IHERING, Rodolfo

"La posesión"
(Versión española de Posada)
I Fundamento de la protección posesoria
II La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante
2ª edición
Madrid, 1926.

JORDAN de ASSO, I. - De IMANUEL, M.

"Instituciones del Derecho civil de Castilla"
5ª ed.
Madrid, 1792.

JORDANO BAREA, J.B.

"La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros"
A.D.C., 1950, 3, p.668 ss.
utilizado pgs. 671 a 673.

JORS-KUNKEL

"Derecho privado romano"
(trad. PRIETO CASTRO, L.)
Barcelona, 1937.

KASER, M.

"Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna"
Malladolid, 1962.

"Das Römische Privatrecht"
2 tomos
München, 1955

LACRUZ BERDEJO, J.L.

"Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Binder"
1953.

LACRUZ BERDEJO, J.L.

"Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad"
Rev. Temis, nº 2, 1957, p.11 s.

"Lecciones de Derecho inmobiliario registral"
2ª ed.
Zaragoza, 1957.

"Sobre la naturaleza de las aguas públicas objeto de concesión"
Est.Dº Pb. y Priv. en honor de SERRANO SERRANO, I p.465
Valladolid, 1965.

LACRUZ - ALBALADEJO.

"Derecho de Sucesiones"
Parte General
Barcelona, 1961.

LA LAGUNA, Enrique

"Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación"
R.D.P., abril, 1964
p. 275-299.

LARENZ

"Derecho de obligaciones"
2 vols.
T. I, Madrid, 1958
T. II, Madrid, 1959.

LATOUR BROTONS, Juan

"El precario"
R.D.P. año 1959
p. 1065 a 1080.

LAURENT, F.

"Principii di Diritto civile"
Trad. italiana
Tomo XXXII (prescrip.)
Milán, 1911

"Principes de Droit civil français"
T. XXXII, 3ª ed.
París, Bruselas, 1878.

LEVY

"West Roman Vulgar Law. The Law of properti"
Philadelphia, 1951.

LOPEZ, Gregorio

"Las siete Partidas glosadas por el Licenciado... del Consejo Real de Indias de S.M. ..."
Madrid, 1844.

- LOPEZ LOPEZ y MELON
"Código civil"
Versión crítica del texto y estudio preliminar
Madrid, 1967.
- LLAMAS y MOLINA, Sancho
"Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro"
(3ª ed. por VICENTE y CARAVANTES, José)
Madrid, 1853 (2 vols).
- MANRESA Y NAVARRO
"Comentarios al Código civil español"
4ª ed. XII tomos
Madrid, 1924 a 1931.
- MARTI MIRALLES, Juan
"Spoliatus ante omnia restituendus"
Excepciones a este principio
Rev. jurídico de Cataluña, 1911
p. 389.
- MARTIN PEREZ, A.
"Derechos reales" I: Doctrinas generales; "La Posesión"
Madrid, 1958.
- MARTIN RETORTILLO, C.
"El precario en el Derecho Civil español"
Madrid, 1948.
- MARTINEZ MARINA
"Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla especialmente sobre el Código de D. Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas".
Madrid, 1838.
- DE MARTINO
"Possesso"
Comentario a cura di Scialaja-Branca
Lib. III, 3ª ed.
Bolonia-Roma, 1960.
- MARTY, G.- RAYNAUD, P.
"Droit civil"
II, 2º biens
París, 1965.
- MASSIP ACEVEDO, J.
"La derelictio en el actual Derecho civil español"
Madrid, 1945.

MAZEAUD, Henri-León-Jean

"Leçons de Droit Civil"
T.II, biens
Paris, 1962.

MENGONI, Luigi

"L'acquisto a non domino"
Milán, 1949.

MELON INFANTE, C.

"La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título"
Barcelona, 1957.

MERÊA, Paulo

"A precaria visigótica e as suas derivações imediatas"
Estudos II, p.124 a 152
Coimbra, 1953.

"Sobre a compra e venda na legislação visigótica"
AHDE, 1945
también Estudos de Direito Visigótico
Coimbra, 1948.

"Sobre a posse de ano e día no direito dos foros"
Estudios de Direito hispânico medieval
II p. 163 n.
Coimbra, 1953.

"A doação per cartam no direito romano vulgar a no direito visigótico"
Estudios de Direito visigótico
Coimbra, 1948.

"A traditio cartae e os documentos medievais portugueses"
Estudios de Direito hispânico medieval
T.I., p.113.
Coimbra, 1953.

MESSINEO, F.

"Manuale di Diritto civile e commerciale"
(Códici e norme complementari)
8a ed. Vol II, part.1a
Milán, 1952.

MIRABELLI, G.

"Della prescrizione"
Nápoles, 1893.

MOLINARIO, A.

"De las relaciones reales"
Buenos Aires, 1965.

MONTEL

"Las Disciplinas del possesso
nel Codice civile italiano"
2ª ed.
Turin, 1951.

"Il possesso"
Trattato, Vasalli vol. V, to-
mo IV
2ª ed.
Turin, 1962.

MORENO MOCHOLI

"El Precario"
Barcelona, 1951.

MOZOS de los J.L.

"Reconstrucción del concepto de
animus posesorio"
R.G.L.J. año CXIII
S. 1965, p.271 a 309 (separata).

"Tutela interdictal de la pose-
sión"
Prólogo SERRANO
Madrid, 1962.

"La Doctrina de F.C. von SAVIGNY
en torno a la transmisión del do-
minio"
R.G.L.J.
Julio, Agosto, 1967 (separata).

"El principio de la buena fe"
(Sus aplicaciones prácticas en
el Derecho civil español)
Barcelona, 1965.

MUCIUS SCAEVOLA

"Código civil comentado"
T.VIII de la posesión
Madrid, 1948.
T.XXIII del contrato de compra
y venta
Madrid, 1906.

NAVARRETE URBANO, S.J.

"La buena fe de las personas
jurídicas en orden a la pres-
cripción adquisitiva". Estudio
histórico-canónico
Roma, 1959.

NOGUERA DE GUZMAN, R.

"El precario y la precaria"
(notas para la historia de la en
fiteusis)
Colegio Notarial de Barcelona
Estudios históricos y documentos
de los archivos de protocolos.
Barcelona, 1950.

NUÑEZ LAGOS, R.

"Hechos y derechos en el documento
público"
Madrid, 1950.

"El documento medieval y Rolandino"
Madrid, 1951.

"El enriquecimiento sin causa en
el Derecho español"
Madrid, 1934.

"Cobro de lo indebido - Enrique-
cimiento sin causas"
Comentarios al Código civil.
Mucius Ecaevola XXX
Madrid, 1961.

"Causa de la "traditio" y causa
de la "obligatio"
R.C.D.I., 1961.

OURLIAC, P. - MALAFOSSE, F. de

"Histoire du Droit privé"
T.I., les obligations, les biens
París, 1961.

OYUELOS

"Digesto"
II p.
Madrid, 1917.

PACHECO, J.F.

"Código penal concordado y comentado"
2ª ed. 3 vols.
Madrid, 1856.

PAGE DE DEKKERS

"Traité élémentaire de Droit ci-
vil belge"
T. V.
Bruselas, 1952.

PANNAIN, Remo

"Il possesso nel Diritto penale"
Roma, 1946.

PAUW, B.

"Diss, de apprehensione possessio-
nis"
1737.

- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. "La herencia y las deudas del causante"
Madrid, 1967.
- PEROZZI, S. "Istituzioni di Diritto romano"
T.I., p.825 a 882.
Milán, 1947.
- PETIT, S. "Tratado elemental de Derecho romano"
Madrid, 1940.
- PLANIOI, RIPERT, BOULANGER "Traité de Droit civil"
París, 1957.
- PLANIOI, RIPERT, PICARD "Traité pratique de Droit civil français"
2ª ed. T.III, biens
París, 1952.
- "Traité pratique de Dº civil français"
T.III, biens
París, 1926.
- PLANIOI, RIPERT "Traité Pratique de Droit civil français"
avec le concours de HAMEL y PERREAU, T.X.
Paris, 1932.
- PLAZA, Manuel de la "Derecho procesal civil español"
3ª ed. 3 tomos.
- PLANITZ "Principios de Derecho privado germánico"
Trad. Carlos MELON
Barcelona, 1957.
- POTHIER "Tratados de la posesión y prescripción"
Trad. Manuel DEO
Avatado y Concordado por Antonio Elías de MOLINS
T. III
Barcelona.
- POTIER. "Tratado del derecho de dominio de la propiedad"
Trad. DEO
Madrid, Barcelona, 1881
- "Tratado de las obligaciones"
Trad. por S.M.S., 2 vols.
Barcelona, 1878.

- POTIER
 "Tratado del contrato de compraventa"
 Trad. DEO
 Barcelona, 1880
- "Oeuvres"
 T. IX, Traité de la possession, de la prescription..."
 Paris, 1861
- PRIETO CASTRO, L.
 "Manual de Derecho procesal civil"
 T.I., Madrid, 1962
 T.II, Madrid, 1961.
- PUGLIESE
 "La prescrizione acquisitiva"
 Napoles, Turín, 1921.
- PUIG BRUTAU, José
 "Fundamentos de Derecho civil"
 T.III de cosas
 Barcelona, 1953
- "Fundamentos de Derecho civil"
 T.II, vol 1ª: Doctrina general del contrato
 Barcelona, 1954.
- "Fundamentos de Dº Civil"
 T.II vol. II: Contrato en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil.
 Barcelona, 1956.
- QUINTANO RIPOLLES, A.
 "Curso de Derecho penal"
 Vol. II
 Madrid, 1963.
- RASI
 "II documento a la traditio cartas nel periodo longobardo"
 Pavia, 1946.
- RAVA
 "El titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti"
 Milan, 1936.
- REBUFFO
 "Tractatus de pacificis possessionibus" en, tractatum novem"
 Lyon, 1564.
- REYES MONTERREAL, J.M.
 "De la prescripción adquisitiva. Usucapion en particular"
 Mucius Código Civil comentado
 T. XXXII, 1º
 Madrid, 1965.

- RIAZA - GARCIA GALLO "Manual de Historia del Derecho español"
 Madrid, 1935.
- RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean "Traité élémentaire de Droit civil de Planiol"
 (Refondu et complété) T. I.
 París, 1950, 5ª ed.
- ROBLES, Alfredo "Los títulos de tradición en el Derecho español"
 RDM. v.4. 1947, p.191.
- ROCA SASTRE "Derecho hipotecario"
 5ª edic.
 4 tomos y suplemento (1960)
 Barcelona, 1954.
- "El enriquecimiento sin causa"
 Estudios de Dº privado, t.I, p.485.
 Madrid, 1948.
- "La adquisición hereditaria de la posesión"
 R.G.L.J., 1953, p.333 s.
- "Problemas de la venta de la herencia"
 A.A.M.N., VII, p.667.
- RODRIGUES "A posse, estudo de Direito civil português"
 Coimbra, 1940.
- RODRIGUEZ - SOLANO, ESPIN, Federico "El proceso del art. 41 de la L. H. Barcelona, 1953.
- RUBIO, José Antonio "Donationes post obitum y donationes reservato usufructo"
 A.H.D.E., t.IX, p.17.
- Conferencia. "La transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval. Función del Documento"
 A.A.M.N. t.7, 1953, p.353 a 371.
- RUGGIERO, Roberto "Instituciones de Dº Civil"
 trad. 4ª ed. ital. Anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, R. y SANTA CRUZ TEJEIRO, S. 2 vols.
 Madrid, 1929.

- SALA, Juan "Ilustración del Derecho real de España"
2 vols. 2ª ed.
Madrid, 1820.
- SALEILLES, Raymundo "La posesión" (Elementos que ls constituyen y su sistema en el C. c. del imperio alemán)
Trad. NAVARRO DE PALENCIA
Madrid, 1909.
- SANCHEZ DE MOLINA BLANCO,, "El Derecho civil español en forma de Código"
Madrid, 1871.
- SANCHEZ DEL RIO y PEGUERO, C. "Observaciones sociológico-jurídicas sobre la propiedad inmobiliaria en el Derecho arcaico romano"
Revista Temis nº 12, año 1962,
p.79 a 107.
- SANCHEZ ROMAN, Felipe "Estudios de Derecho civil"
T.III Derechos reales
Madrid, 1900.
- SANTAMARIA "Comentarios al Código civil"
2 vols.
Madrid, 1958.
- SAVIGNY Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano"
Madrid, 1845.
- SCHMALZGRUEBER "Ius ecclesiasticum"
XII vols. -De praescriptionibus-
Tít.XXVI, 4º volumen
Roma, 1844.
- SCHMIDLIN, B. "Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklafe"
Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
1968, p.141.
- SCHWAB, P. "La théorie possessoire objective"
Étude comporée sur la possession des choses en Droit Français et en Droit Allemand"
Paris, 1907.
- SERRANO SERRANO, I. "Iusta causa traditionis"
R.C.D.I.
año 1934-1935.

SOHM, R. - MITTEIS - WENGER

"Instituciones de Derecho privado romano (Historia y Sistemas)"
17 ed. corregida por MITTEIS, sa
cada a la luz por WENGER
Trad. W. ROCES
Madrid, 1928.

SOLAZI, S.

"Sulla lex Atinia de rebus subreptis"
Archivio Giuridico Filippo Serafini
Módena, 1953, p.3 ss.

SOTO NIETO.

"La legitimación pasiva en los interdictos"
Bol. inf. Min. Justicia
año XII, nº 370.

STEINACKER

"Traditio cartae und traditio per cartam als Kontinuitätsproblem"
Archiv. für Diplomatik 5-6, 1956-1960, 1 ss.

STROHAL

"Succession in den Besitz nach römischen und heutigen Recht"
Civilistische Untersuchung
Graz, 1885.

SZAMEK, L.

"La réserve de propriété en matière de ventes mobilières" (étude de Droit comparé)
París, 1933.

TRAVIESAS, Miguel

"Ocupación, accesión y especificación"
R.D.P., 1919, p.289.

VALLET de GOYTISOLO, J.

"La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública"
Estudios, p.187 a 242
Barcelona, 1962.

"La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble"
Estudios, p. 11 ss.
Barcelona, 1962.

"Apuntes de derecho sucesorio"
Especialmente, p.285 ss.
Madrid, 1955.

- VIVANTE "Tratado de Derecho Mercantil"
v. III, cosas
trad. CABEZA y ANIDO
Madrid, 1936.
- VOCI "Istituzioni di Diritto romano"
3a ed.
Milán, 1954.
- WINDSCHEID, B. "Diritto delle Pandette"
Trad. it. FADDA-BENSA
Turín, 1930.
- WOLFF, Martín "Derecho de cosas"
tratado Enneccerus
Trad. y notas PEREZ-ALGER
Barcelona, 1944.
- ZANZUCCHI "La successio e l'accessio pos-
sessionis nell'usucapione"
(Arch. giuridico, 1904,92).

Indice general del trabajo

A) Indice del Tomo Primero

Introducción	II
Parte Primera:	
Estructura de la posesión "ad usucapionem"	3
Sección Primera:	
Elementos integradores de la posesión "ad usucapio nem"	4
Capítulo Primero:	
Corpus possessionis (tenencia)	5
Capítulo Segundo:	
Animus possidendi: (posesión en concepto de dueño)	79
Sección Segunda:	
Caracteres de la posesión "ad usucapionem"	194
Capítulo Primero:	
Posesión pública	195
Capítulo Segundo:	
Posesión pacífica	206
Parte Segunda:	
El desarrollo en el tiempo de la posesión "ad usuca pionem"	240
Capítulo Primero:	
La adquisición de la posesión "ad usucapionem"	241
Capítulo Segundo:	
Límites de la posesión "ad usucapionem"	395
Indice sistemático	512

B) Indice al Tomo Segundo

Nota a la Introducci6n del trabajo	2
Notas Parte primera, Secci6n primera, Capitulo I	3
Notas Parte primera, Secci6n primera, Capitulo II	59
Notas Parte primera, Secci6n segunda, Capitulo I	113
Notas Parte primera, Secci6n segunda, Capitulo II	119
Notas Parte Segunda, Capitulo I	132
Notas Parte Segunda, Capitulo II	183
Conclusiones	230
Indice de obras citadas	242
Indice general del trabajo	264

- - - - O o O o O - - - -